4.

De l'édit

sur

l'alienatio judicii mutandi causa facta

par

JOSEPH PARTSCH
Professeur extraordinaire à la Faculté de Droit.

Mémoire publié à l'occasion du Jubilé de l'Université.
1559 — 1909

GENÈVE
1909

De l'édit

sur

l'alienatio judicii mutandi causa facta.

Mémoire publié à l'occasion du Jubilé de l'Université de Genève.

De l'édit

sur

l'alienatio judicii mutandi causa facta

par

JOSEPH PARTSCH
Professeur extraordinaire à la Faculté de Droit.

GENÈVE
LIBRAIRIE GEORG & Cie
Libraires de l'Université.

1909

GENÈVE

IMPRIMERIE ALBERT KÜNDIG

I

Le titre VII du livre IV des Pandectes de Justinien contient une série de douze fragments empruntés aux livres des jurisconsultes classiques. Ces textes sont rassemblés d'après la méthode bien connue des mosaïques juridiques de la basse époque. Il n'y a qu'un seul fait caractéristique à relever ; sur les douze fragments, dix appartiennent à la masse des textes classiques qui sont tirés des *libri ad Edictum,* tandis que les deux derniers seuls font partie de la masse des ouvrages classiques groupés autour du système de Sabin. Ainsi, le noyau du titre comprend un passage précieux du manuel de Gaius *ad edictum provinciale,* un second, moins important, tiré du commentaire d'Ulpien, et deux passages de Paul, dont l'un emprunté au commentaire de l'édit des édiles curules. Quant à la reconstitution du droit classique, tous ses fragments ne tiennent pas ce que leur apparence promet au premier abord. Il nous sera, en effet, possible de trouver les traces de l'activité des Byzantins, qui ont interverti l'ordre des questions traitées dans les commen-

taires et supprimé des passages entiers, en laissant des lacunes dans l'exposé juridique.

Dans les Pandectes le titre *De alienatione judicii mutandi causa facta* règle les conséquences juridiques d'une aliénation faite pour modifier les conditions d'existence d'une action future. La plupart des cas discutés donnent des exemples d'aliénations qu'une partie avait faites sous la menace d'une action. Par exemple, le propriétaire d'un immeuble modifie par ses travaux l'écoulement naturel des eaux pluviales, au préjudice de son voisin ; pour éviter que celui-ci ne lui intente l'action *aquae pluviae arcendae,* il transmet la propriété du fonds à un tiers qui, n'ayant pas modifié lui-même l'immeuble, ne peut être tenu qu'à laisser l'intéressé remettre les choses en l'état primitif. Ou bien : le possesseur d'une chose craint une action en revendication, et pour cette raison, il vend et livre la chose à un autre qui sera un adversaire plus dangereux pour le demandeur. Dans ces cas, le Digeste donne au demandeur une action *in factum,* au moyen de laquelle il pourra se faire réparer, par le vendeur, le préjudice qu'a entraîné pour lui l'aliénation. Quant à ses conditions d'exercice, cette action exige que le défendeur ait aliéné la chose à dessein, pour échapper à la nécessité de soutenir le procès, et que, par le changement intervenu dans la personne du défendeur, la position du demandeur soit devenue plus difficile.

En outre, le Digeste mentionne le cas d'une aliénation faite par le demandeur futur pour donner à la partie adverse un adversaire plus dangereux que lui-même. Ici, l'action doit être refusée à l'acquéreur (fr. 12 h. t.).

II

En quelle mesure ces dispositions du droit de Justinien appartenaient-elles déjà à l'édit perpétuel [1] ?

Pour le cas de l'aliénation faite par le demandeur, la réponse ne semble pas douteuse. Le préteur déclara, dans son édit, qu'il refuserait l'action à celui qui s'était fait transférer la propriété pour intenter l'action en revendication à la place de l'ancien propriétaire. A cet égard, le fragment i 2, h. t. (Marcien, l. XIV *institutionum*), est formel : *is vero qui emit, si experiri velit, ex illa parte edicti vetatur qua cavetur ne qua alienatio iudicii mutandi causa fiat* [2]. L'édit contenait-il une disposition expresse sur l'action que le préteur autorisait à la place de cette action qu'il refusait ? M. Lenel [3] semble incliner vers l'affirmative. Il pense que le préteur accordait une *restitutio in integrum*, en donnant à l'aliénateur l'action qu'il aurait eue si l'aliénation n'avait pas eu lieu. Mais le seul texte qu'on

[1] Nous nous en tenons à cette question, parce qu'il n'y a guère de faits à relever sur l'histoire antérieure de notre édit. Karlowa en pense autrement (*Römische Rechtsgeschichte*, II, p. 1097). Il émet l'hypothèse que notre édit est de provenance provinciale ; l'édit urbain l'aurait accueilli après une évolution qui se serait opérée dans les édits provinciaux. Nous ne pouvons nous rallier à cette façon de voir. Karlowa déduit sa thèse du fragment D. (39, 3) 14 pr., sur lequel nous reviendrons, voir p. 43 s., note.

[2] Voir aussi le fr. 11 h. t.

[3] *Edictum perpetuum* (2me éd. allemande, 1907), p. 121 ss. Ce chapitre ayant été complètement revu par l'auteur, on ne peut plus se rapporter à l'édition française pour y trouver l'opinion la plus récente que l'éminent historien de l'édit perpétuel ait émise sur notre question.

puisse citer à ce sujet ne justifie guère cette thèse. Ulpien suppose qu'un soldat intente la revendication au sujet de certains immeubles qu'il réclame en vertu d'une donation du propriétaire. La donation paraît avoir été exclusivement faite pour permettre au soldat de se présenter comme demandeur à la revendication. Admettant que notre édit est applicable, Ulpien [1] dit : « l'ancien propriétaire doit intenter l'action pour qu'on puisse croire, qu'il avait transféré la chose même plutôt que le procès ». Certes, *priorem dominum experiri oportet !* Mais est-ce à dire que le jurisconsulte pensait à une *restitutio in integrum* rendant au donateur une action qu'il ne pouvait plus exercer depuis la donation ? Ce n'est certainement pas de cette façon que les compilateurs byzantins envisagèrent le texte ; car, d'après le droit de Justinien, il faut le transfert de possession pour qu'il y ait transfert de propriété. Or, en notre cas, le donateur lui-même n'avait plus la possession, puisqu'il était dans la nécessité d'actionner le possesseur. D'après les compilateurs, la donation n'avait certainement opéré qu'une cession d'action. Pour eux, le « prior dominus » était encore propriétaire de plein droit, et si le cessionnaire n'était pas admis à l'action, il était naturel que le donateur en usât. Il n'y a ici aucune nécessité de restitution. Nous ne voyons pas que le texte aurait dû avoir une autre portée en droit classique [2]. Voudra-t-on insister sur le mot *prior dominus*

[1] Ulpien (l. V. *opinion.*) fr. 11 h. t. ... responsum est, si iudicii mutandi causa donatio facta fuerit, *priorem dominum experiri oportere*, ut rem magis quam litem in militem transtulisse credatur.

[2] L'action utile *suo nomine* du cessionnaire paraît déjà appartenir au droit classique de l'ère d'Ulpien, voir Levy, sponsio, fidepromissio, fideiussio, Berlin 1907, p. 165 ss.

pour soutenir que, d'après Ulpien, le donateur n'était plus propriétaire en droit civil ? Cela même admis, et conjecturât-on même que ce sont les compilateurs qui ont supprimé, dans notre texte, une allusion faite au transfert civil de la propriété [1], toujours est-il qu'Ulpien, dans les mots qui nous sont conservés, ne fait pas allusion à une intervention du magistrat qui aurait restitué l'action à l'ancien propriétaire quiritaire. « C'est l'ancien propriétaire qui doit actionner ! » Ces mots ne disent pas, comment l'acquéreur doit s'y prendre pour pouvoir agir contre le possesseur. Ils n'excluent point que l'édit du préteur ait laissé à l'acquéreur le soin de mettre son auteur en état d'exercer l'action soit en lui procurant la propriété civile par une remancipation, soit en le laissant agir comme *procurator* à la place de l'acquéreur [2]. Et c'est là la solution qui nous semble conforme à la nature même du cas. Le préteur interdisait l'aliénation faite à cause d'un procès futur. Lorsqu'un acquéreur contrevenait à

[1] En ce cas seraient interpolés *donatas* au lieu de *mancipatas, donatio* au lieu de *mancipatio*. Il y aurait une forte probabilité pour que *suo nomine* soit intercalé par les Byzantins. Car il était naturel que le propriétaire quiritaire actionnât de son propre chef. D'autre part, les compilateurs auraient eu tout intérêt à souligner la cession de la revendication.

[2] Cette dernière hypothèse que je n'osais émettre, m'est devenue de plus en plus probable au cours d'une discussion suggestive que j'ai eue au sujet de ce texte avec M. Paul Moriaud, mon cher collègue et maître. Je me refusais à croire que le préteur aurait accordé au représentant judiciaire d'une partie l'action qu'il refusait à la partie même. Mais il n'y a guère de raison sérieuse pour exclure cette possibilité qui se présentait tous les jours quand le *procurator* ou le tuteur d'un pupille ou le curateur d'un fou demandait la délivrance d'une formule que le préteur ne donnait pas au représenté lui-même. La législation des empereurs du IVme siècle a, du reste, créé un cas analogue de représentation nécessaire d'une partie dont on craint l'ascendant social, voir Cod. Just. (2, 15) 25 (Valentin. Theod. Arcad., aº 392).

cette interdiction, il n'y avait guère d'inconvénient à le laisser lui-même paralyser les effets de l'acte réprouvé par l'édit. Les aliénations honnêtes n'étaient point entravées par ce règlement, étant donné qu'elles ne présentaient pas les éléments nécessaires à l'application de notre édit qui exige le dol. C'est pourquoi il reste possible que seuls les Byzantins aient introduit dans notre passage la phrase finale : *ut rem magis quam litem in militem transtulisse credatur*. S'il y avait vraiment lieu de croire que la cession des immeubles avait été sérieuse et sans arrière-pensée de *judicii mutatio,* cette possibilité devait être écartée par le magistrat avant qu'il ne se décidât à paralyser l'action de l'acquéreur. Mais nous n'insistons pas sur cette thèse d'interpolation. Il est tout aussi possible que ces mots émanent d'Ulpien lui-même, sans qu'il soit permis de les traiter comme raisonnement juridique. Avec une fine ironie, Ulpien se serait adressé à l'aliénateur : « Tu prétends avoir voulu transférer la chose plutôt que le procès ? Alors, il ne peut que t'être agréable de mener le procès toi-même, pour remettre ensuite la chose à ton acquéreur. »

III

Si, à cet égard, le droit classique s'est maintenu jusque dans la compilation de Justinien, il est plus difficile de dégager les règles que posait l'édit du préteur pour l'aliénation faite par la partie défenderesse. On a pu fonder assez solidement une hypothèse qui concerne le contenu de l'édit sur

l'*alienatio judicii mutandi causa facta :* le préteur ne s'est pas contenté de proposer l'action *in factum* que nous trouvons encore au Digeste; à côté d'elle il paraît avoir promis une *restitutio in integrum* au demandeur, si le défendeur éventuel s'était soustrait à l'action en aliénant la chose dont la propriété ou la possession lui imposait son rôle de défendeur[1]. L'existence de cette *restitutio* résulte de plusieurs arguments dont nous allons examiner la valeur.

Le plus important, incontestablement, découle de l'ordre des sujets traités qui est le même dans les livres reconstitués des juriconsultes classiques et dans les compilations byzantines. Les rubriques du Code de Justinien et du Digeste sur notre aliénation clôturent une série de titres qui tous déterminent les conditions dans lesquelles le préteur promettait une *restitutio in integrum*. D'autre part, notre rubrique précède une série de titres qui traitent d'un nouveau sujet du droit prétorien, c'est-à-dire des *recepta*[2]. Le rapport, qui se manifeste ainsi entre l'édit sur l'*alienatio* et les promesses édictales de restitution en entier, est plus net encore dans les commentaires de Gaius et de Paul sur l'édit, tels que M. Lenel les a reconstitués dans sa *Palingenesia*. Chez ces deux jurisconsultes le même livre exposait, exclusivement ou en grande partie, les *restitutiones in integrum* pour faire en-

[1] Ainsi Savigny, *System*, VII, 103 ss. ; Bethmann-Hollweg, *Der gemeine Civilprozess*, II, p. 752 ; Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, II, p. 1092 ; Lenel, *Edictum* (2me éd.), p. 122. Contre l'hypothèse de la *restitutio*, en droit classique, voir Spaltenstein, *Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*, Berlin, 1873, p. 18 ss., et la doctrine générale des pandectistes allemands, voir en dernier lieu A. Rintelen, *Das richterliche Belastungs- und Veräusserungsverbot*, dans les mélanges de l'*Allgemeine österreichische Gerichtszeitung*, intitulés « *Dem 27. Deutschen Juristentage* », Vienne, 1904, p. 134 s.

[2] Dig. 4,8 . 4,9.

suite la théorie de l'*alienatio judicii mutandi causa facta* [1], et, chez les deux auteurs, le livre qui suit commence l'exposé du titre de l'édit *de receptis* [2]. Le même rapprochement est moins évident dans le livre XIII du commentaire d'Ulpien; ici, les fragments traitant de l'*alienatio,* s'ils suivent certains cas de restitutions, touchent d'autre part, dans le même livre, au titre *de receptis* [3]. Mais les faits que nous venons de citer suffisent pour prouver, ce qui est encore connu aux auteurs des Basiliques : l'édit du préteur parlait de notre cas d'aliénation à la suite des *restitutiones in integrum* accordées aux majeurs [4]. Tel est, en effet, l'inscription du titre qui précède l'exposé de l'*alienatio,* dans la suite des matières du Digeste et du Code de Justinien [5], et les sujets rassemblés dans le livre XII de Paul ainsi que dans le livre XIII d'Ulpien [6] concernent des cas de restitutions que le pré-

[1] Gaius, l. IV *ad ed. prov.*, frag. nº 112 s.; Paul, l. XII *ad ed.*, frag. nº 239.

[2] Gaius, frag. nº 114 ss. ; Paul, frag. nº 241 ss.

[3] Ulpien, frag. nº 444 ss.

[4] Bas. X, 37, 13 : Δόγμα ἔστι τοῦ πραίτωρος τέλειον ἐν ταῖς τῶν μειζόνων ἀποκαταστάσεσιν αὐτοῦ κείμενον. Cette mention des *restitutiones* accordées aux majeurs est intéressante. La série des §§ 43-47 de l'Edit, reconstitué par M. Lenel, est comprise comme un ensemble. En même temps, l'ordre des matières se confirme tel que M. Lenel le propose depuis la *Palingenesia*, t. II, p. 1250. [Essai de reconstitution de l'Edit perpétuel, t. I, p. 135 n. 6. Edictum (2me éd.), p. 116 ss.]

[5] D. 4, 6. — Cod. 2, 53 (54).

[6] Paul, l. XII, fr. nº 226-235 : *ex quibus causis maiores in integrum restituuntur ;* nº 238 : restitution accordée contre l'effet de la *litis contestatio ;* no. 239 : *de alienatione iudicii mutandi causa facta ;* nº 240 : *de restitutione heredum ;* sur le nº 236, 237 intercalés dans la suite de ces matières voir les *addenda*, II, p. 1263, où M. Lenel fait remarquer que ces fragments sont à ranger avant le nº 226.

Ulpien, l. XIII, nº 444, 445 : *restitutio* accordée contre l'effet de la *litis contestatio ;* nº 446-448 : *de alienatione iudicii mutandi causa facta ;* nº 449, 450 : *de restitutione heredum ;* nº 451 ss. : *de recepto arbitri.*

teur promettait sans exiger qu'elles fussent sollicitées par un mineur. De cette place que l'*alienatio judicii mutandi causa facta* occupe dans les commentaires [1], il s'ensuit que l'édit même promettait une *restitutio in integrum*.

On pourrait objecter, à la vérité, que le titre *de in integrum restitutionibus* contient deux autres rubriques qui ne donnent pas de promesse de restitution, proprement dite, c'est-à-dire le titre *quod metus causa gestum est* et le titre de *dolo malo*. Au premier de ces titres, la promesse du préteur ne revêt le caractère d'une promesse de restitution que grâce à l'interprétation des jurisconsultes [2]. L'édit même ne contenait que la promesse : « *ratum non habebo* », et à côté de cette promesse se trouvait un édit concernant l'*actio quadrupli quod metus causa*. Au titre *de dolo* le préteur n'annonce pas de restitution, il se contente de promettre le *judicium de dolo* et d'en proposer la formule. De même, on pourrait chercher dans notre édit la seule promesse de l'*actio in factum*. Mais cette façon de voir peut être écartée par le texte des Basiliques qui assimile notre édit aux autres *restitutiones* promises aux majeurs, lesquelles sont toutes de vraies restitutions en entier.

Tous ceux qui ont déjà admis ce cas de restitution en entier, sont d'accord pour supposer que la restitution était promise au demandeur, à raison du préjudice qu'il avait

[1] Le lecteur de la Palingenesia sera disposé à relever un fait qui semble rattacher encore plus étroitement l'édit sur l'*alienatio* aux autres promesses de restitution ; c'est que dans la reconstitution de M. Lenel une rubrique *de restitutione heredum* sépare notre édit du titre *de receptis*. L'hypothèse que M. Lenel émet à cet égard est probable; mais les textes ne permettant pas de conclusion absolument certaine, nous renonçons à insister sur ce détail.

[2] Voir Lenel, *Edictum* (2me éd. allemande), p. 109 n. 3.

subi par l'aliénation, faite par le futur défendeur [1]. Nous nous rallions d'autant plus volontiers à cette opinion que nous n'acceptons pas la thèse de M. Lenel d'après laquelle le préteur donne une restitution à l'aliénateur qui a voulu opposer à la partie adverse un demandeur plus dangereux que lui-même. Si l'on conteste ce cas de restitution, on ne voit pas bien quel aurait pu être le but de la restitution de notre édit sinon de protéger un demandeur contre une aliénation faite pour lui enlever la partie adverse sur laquelle il comptait.

Nous pouvons, du reste, constater que les textes remaniés par les Byzantins, ont laissé des traces évidentes de cette restitution. Dans son commentaire de notre édit. Gaius [2] parle d'une promesse du préteur, laquelle assurait l'*in integrum restitutio* à un demandeur, dont l'adversaire s'était soustrait au procès par une aliénation. Il est vrai que, d'après le texte byzantin, cette *restitutio* semble être identique avec la formule *in factum*. Mais on s'accorde à croire qu'un jurisconsulte classique n'a pu identifier l'*actio in factum* et le décret, par lequel le magistrat rétablit l'action civile devenue impraticable. Aussi ne nous tromperons-nous guère en pensant qu'une coupure pratiquée par les Byzantins, créait ce rapprochement monstrueux de deux notions que la procédure classique sait distinguer ailleurs, avec une netteté parfaite.

Enfin, un texte du Code de Justinien [3] parle d'une

[1] Albert Schmid, *de litigiosarum rerum alienatione ex iure anteiustinianeo*, Jena 1840, thèse que nous citons d'après Karlowa sans avoir pu la consulter nous-mêmes. Savigny, *System*, VII, p. 104. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, II, p. 1092. Lenel, *Edictum* (2me éd.), p. 122.

[2] D. (4, 7) 3, 4.

[3] Cod. Inst. (2, 54 [55]) 1.

restitutio in integrum que le demandeur dans le procès en revendication, peut choisir, au lieu d'intenter l'action contre le possesseur, dans le cas où la chose a été aliénée pour changer la personne de la partie défenderesse. Ce texte nous semble probant quoique la prose de ce rescrit ne soit pas sans éveiller des doutes sur son authenticité classique, et qu'une interprétation différente ait été proposée par M. Lenel [1].

IV

Reste la question de savoir, d'après quelle règle le choix se faisait entre la *restitutio in integrum* et l'*actio in factum*. Le demandeur pouvait-il opter librement entre la restitution et l'action *in factum,* de sorte que l'action fît double emploi avec la restitution ? Ou y avait-il des cas spéciaux que la promesse de restitution visât, par opposition à d'autres cas qui auraient constitué une application exclusive de l'action *in factum ?*

Ce sont là des questions auxquelles les textes ne donnent pas de réponse précise, la promesse de *restitutio in integrum* ayant été rayée de la codification de Justinien. Il ne nous reste qu'à chercher une conjecture heureuse, qui cadre avec les données des textes et qui, sans trop d'invraisemblances, comble les lacunes dues aux ciseaux

[1] Edictum (2me éd.), p. 123. Voir p. 39 ci-dessous.

des compilateurs. Cet essai a déjà été plusieurs fois tenté. Cependant, les théories qui en ont été le fruit ne nous semblent pas de nature à exclure une nouvelle recherche du problème.

Nous avons à passer au crible deux théories, dont la plus ancienne est défendue par A. Schmid [1] et par Karlowa [2] tandis que l'autre a été récemment exposée par M. Lenel [3] dans la seconde édition allemande de son essai de reconstitution de l'Edit perpétuel.

Schmid et Karlowa croient que l'*in integrum restitutio* et l'*actio in factum* faisaient double emploi, à tel point que Karlowa émet l'idée que l'introduction de cette dernière serait nécessairement postérieure à l'édit sur la *restitutio* et que d'autre part l'existence de l'*actio in factum* aurait fait disparaître la *restitutio*. A ces deux moyens juridiques, d'emploi identique, Karlowa attribue une double portée, dans l'édit du préteur. Il ne se serait pas seulement agi de paralyser les conséquences d'une aliénation, faite dans le but de soustraire un défendeur futur à la nécessité de défendre la chose aliénée, par voie de *litis contestatio*. Le préteur aurait en même temps créé un édit contre l'aliénation de la chose litigieuse, en accordant la *restitutio* et l'*actio in factum* pour le cas d'une aliénation, intervenue après l'organisation de l'instance. Ce système est basé sur un fait d'ordre philologique et sur l'interprétation juridique de plusieurs textes.

La particularité que Karlowa relève dans le langage des textes, ne mérite guère l'attention qu'il lui prête. L'aliénation, traitée dans notre titre du Digeste, est qua-

[1] Ouvrage cité.
[2] *Rechtsgeschichte*, II, p. 1093 ss.
[3] *Edictum* (2me éd.), p. 122 s.

lifiée comme *alienatio judicii evitandi causa facta* [1], de l'autre comme *alienatio judicii mutandi causa facta*. Il est certain que la dernière est une aliénation qui se fait en vue d'un procès futur : *futuri judicii causa, non eius quod iam sit* [2]. De cette négation, Schmid et Karlowa déduisent un fait nouveau, en supposant que l'autre cas de l'édit concernait précisément l'aliénation, faite pour échapper à un procès déjà lié. Il est évident que cette conclusion est hardie et elle ne devient guère plus probable par le fait que chacune des deux catégories ainsi créées porte l'étiquette qui conviendrait à l'autre. En effet, *mutare,* « changer » est le mot juste pour désigner un acte tendant à modifier les conditions d'existence d'une action déjà intentée [3], tandis que *evitare* fait naturellement penser à l'acte de quiconque cherche à éluder un procès futur.

Les textes cités à l'appui de cette thèse ne permettent guère de croire que deux édits conjoints, l'un sur l'*alienatio judicii evitandi causa,* l'autre sur l'*alienatio judicii mutandi causa* aient réellement existé comme Karlowa se les imagine [4]. En tout cas, Karlowa n'a pas réussi à

[1] D. (4, 7) 12 ; voir aussi D. (39, 3), 16 où la même locution se rencontre. C'est là un fait qui suffit pour écarter une conjecture qui proposait de lire *mutandi* au lieu d'*evitandi,* au fragment 12 *h. t.*

[2] D. (4, 7), 8, 1.

[3] Ainsi *iudicem mutare* est le terme qui dénomme le changement fait dans la personne d'un juré déjà agréé par le préteur. Voir les textes chez Koschaker, *Translatio iudicii* (1905), p. 306 s.

[4] Sur les textes cités par Schmid voir Karlowa, p. 1093. Karlowa lui-même cherche à prouver l'existence de ces deux édits en citant le fr. 12 *h. t.* Marcien, l. XIV, *institutionum, Si quis indicii communi dividundo evitandi causa rem alienaverit, ex lege Licinnia ei interdicitur ne communi dividundo iudicio experiatur : verbi gratia, ut potentior emptor per licitationem vilius eam accipiat et per hoc iterum ipse recipiat. Sed ipse quidem qui partem alienaverit communi dividundo si agere velit,*

prouver que l'édit du préteur visait aussi l'aliénation faite après la *litis contestatio* pour en modifier les circonstances. A cet égard, Karlowa renvoie au f. 8 pr. *h. t.*, Paul L. XII. *ad ed : Ex hoc edicto tenetur et qui rem exhibet, si arbitratu iudicis pristinam iudicii causam non restituit.* Selon Karlowa, l'état primitif du *judicium* ne peut être qu'un procès déjà engagé et demeuré sans résultat par suite de l'aliénation. Nous ne voyons pas la nécessité de cette interprétation. Le sens du mot *judicium* est précisé par l'édit même que Paul commentait. Or, dans cet édit, *judicium* ne peut signifier le procès lié par la *litis contestatio*. Le *judicium,* susceptible d'une modification, n'est pas un litige déjà existant, car, au moment de l'aliénation, il s'agit justement d'éviter un procès qui pourrait avoir lieu dans un avenir incertain. Si le préteur parle de *judicium mutare,* il entend par *judicium* la formule que l'intéressé avait compté obtenir contre l'aliéna-

non audietur : is vero qui emit si experiri velit, ex illa parte edicti vetatur qua cavetur ne qua alienatio iudicii mutandi causa fiat. D'après Karlowa (p. 1095), Marcien discutait ici deux cas d'aliénation, d'une part celui de l'aliénation faite après l'organisation de l'instance de l'action en partage, d'autre part celui de l'aliénation faite avant la *litis contestatio* sur cette action. La première de ces aliénations serait interdite par la loi Licinnia, d'ailleurs inconnue, la seconde tomberait sous le coup de l'édit du préteur. L'opposition de ces deux cas prouverait la signification technique des locutions « iudicium evitare » et « iudicium mutare ». Cette interprétation est arbitraire. Les deux cas ne sont pas d'un parallélisme si parfait que nous soyons forcés de supposer que l'aliénation ait eu lieu, une fois après, l'autre fois avant la *litis contestatio*. Karlowa n'a pas remarqué que, dans les deux cas, il s'agit d'un objet différent de l'aliénation. Marcien suppose d'abord que l'aliénation concerne une chose (res) qui devait faire partie de la masse à partager ; dans l'autre cas, il est supposé que l'aliénateur a transmis sa part indivise. Pour la première de ces hypothèses seulement, la loi Licinnia est invoquée. Cette façon de voir n'est certainement pas exclue par les mots *verbi gratia ..... recipiat.* Ces mots ne faisaient guère partie du texte classique, étant donné qu'*accipiat* ne se rapporte pas à ce qui précède, mais au mot *alienaverit.*

teur. C'était le sens général du mot *judicium,* toutes les fois que le préteur l'employait dans son édit pour promettre une formule d'action [1]. Et, en effet, aliéner la chose dont la propriété ou la possession assignait le rôle de défendeur, c'était changer la formule possible, son contenu juridique *(id quod venit in judicium)* autant que son texte ; car le préteur ne pouvait plus insérer le nom de l'aliénateur dans la formule que l'intéressé était en train de solliciter pour son procès. Puisque l'édit du préteur employait le terme *judicium* dans ce sens précis, le commentateur pouvait en faire de même, et c'est ainsi que nous avons à concevoir la *pristina judicii causa* dans notre fragment 8 : Il ne suffit pas d' « exhiber » la chose, toutes les circonstances de l'action doivent être rétablies telles qu'elles auraient été, si l'ayant-droit avait pu intenter l'action contre l'aliénateur.

En outre, Karlowa a invoqué en faveur de sa théorie, un passage de Pomponius, D. (39, 3) 16. Il y est question d'un propriétaire défendeur lequel, ayant accompli avec son voisin la *litis contestatio* sur une *actio aquae pluviae arcendae,* n'attend pas que le préjudice dont il serait responsable soit né, mais aliène le fonds de terre en question, pour échapper à la condamnation qui le menace. Dans le Digeste, ce texte semble conseiller au demandeur d'intenter sans retard l'*actio aquae pluviae arcendae* contre

[1] Sur le sens général du mot dans la locution *judicium dabo* voir M. Wlassak, *Römische Prozessgesetze,* II, p. 54, et la bibliographie donnée par M. Wenger, art. *formula,* dans Pauly-Wissowa, *Realencyklopädie,* VI, 2859 ss. Parmi tous les fragments conservés de l'édit il n'y en a guère un seul où le mot *judicium* se rapporte à la procédure de l'*ordo judiciorum privatorum* sans que le sens « formule » soit possible. Même pour la rubrique du titre « *de judiciis* », Lenel, *Edictum,* p. 140 (Tit. XIV), il n'y a aucune raison d'exclure cette signification.

l'acquéreur du fonds, ou encore d'actionner, dans le délai d'un an, pour aliénation faite *judicii evitandi causa,* le défendeur qui s'est ainsi soustrait à l'*actio aquae pluviae arcendae*. Le texte ne dit pas à quelles fins le demandeur doit actionner l'acquéreur. Mais puisque, en droit classique comme en droit byzantin, l'*actio aquae pluviae arcendae* ne permet pas de poursuivre une personne autre que l'auteur [1] en réparation du préjudice causé par un travail [2], le seul but d'une telle action aurait été de forcer l'acquéreur à laisser l'intéressé remettre le fonds de terre en l'état primitif. Quant au dommage causé depuis l'aliénation, le texte semble renvoyer à l'action *in factum,* basée sur l'aliénation frauduleuse. Karlowa trouve ici la preuve de sa thèse, selon laquelle l'édit sur l'*alienatio* visait aussi le cas où le défendeur avait aliéné après la *litis contestatio*. On remarquera, en tout cas, que le texte est d'une concision qui frise l'obscurité. Le jurisconsulte semble donner le choix entre deux actions de portée égale. Mais il est difficile de leur trouver un but commun; l'action *aquae pluviae arcendae* ne peut donner lieu qu'au rétablissement de l'état primitif, tandis que l'action *in factum* tend à réparer un préjudice pécuniaire.

Il est vrai que le texte, tel qu'il est conservé, corrobore, dans une certaine mesure, l'idée de Karlowa. Tous les

[1] Pomponius, XX ad *Sabinum :* Post venditionem et traditionem quod nocitum sit ei fundo, de quo ante iudicium acceptum sit aquæ pluviæ arcendæ, nihilo minus eo iudicio venditorem posse consequi non quia venditori sed quod rei datum sit idque eum emptori restituere debere. sed si ante quam noceatur is cum quo actum sit vendat, statim agendum cum emptore, vel intra annum cum eo qui vendiderit, *si judicii evitandi causa id fecerit*. Sur la bibliographie qui se rattache à ce texte, voir Burckhard, dans Glück, *Serie der Bücher*, 39/40, Teil III, p. 428 ss.

[2] D. (39, 3) 4, 2. 3 ; 5 eod.

essais qu'on a faits pour corriger le sens des mots[1] sont arbitraires ! Mais il nous semble difficile d'admettre que le texte transmis ait conservé, sans modifications, l'opinion du jurisconsulte classique. M. Lenel[2] a déjà objecté, avec raison, combien peu vraisemblable il est que le droit classique ait permis au défendeur, une fois le procès lié, de se soustraire à une condamnation, en aliénant le fonds où se trouvait l'ouvrage nuisible. En effet, une décision de Julien et d'Ulpien[3] veut qu'une fois le procès lié à raison d'un certain ouvrage, le défendeur n'échappe plus à la condamnation, en aliénant l'immeuble qui donne lieu à l'action *aquae pluviae arcendae;* il n'est point indispensable que le préjudice évalué par le juge soit causé avant l'aliénation. Et c'est pour cela qu'ailleurs[4] Ulpien fait opposer l'exception *rei judicatae vel in judicium deductae* à un demandeur qui intente l'action *aquae pluviae arcendae* contre un acquéreur du fonds, après avoir déjà fait organiser l'instance contre l'ancien propriétaire, à raison du même travail. Une jurisprudence analogue remonte jusqu'à Labéon[5] : si le travail préjudiciable a eu pour conséquence de mettre le fonds de terre en dehors de tout droit de propriété en faisant de lui une *res religiosa,* l'auteur du travail continue à être tenu de l'action *aquae pluviae arcendae* quoiqu'il ait perdu la propriété du fonds. On ne comprend pas bien comment Pomponius aurait pu défendre une théorie différente. Cependant, les arguments juridiques ne suffisent pas pour

[1] Voir la revue et la critique des systèmes chez Burckhard, *op. cit.*, et Karlowa, p. 1094.
[2] *Edictum* (2me éd. allemande), p. 122, n. 2.
[3] D. (39, 3) 4, 1 (Ulp. LIII. *ad edictum*).
[4] D. (44, 2) 11, 9 (Ulp. LXXV. *ad edictum*).
[5] D. (39, 3) 4 pr.

exclure cette possibilité, d'autant plus qu'une interprétation rigoureuse de la formule[1] pouvait bien faire acquitter l'aliénateur du fonds, pour cette simple raison qu'il n'était plus propriétaire. Mais un autre fait est là pour prouver que Pomponius n'a pas écrit ce que le texte lui attribue. Chez Pomponius, ce texte faisait partie d'une discussion du chapitre *de damno infecto* dans les *libri ad Sabinum*[2]. Il s'agissait donc de la question de savoir comment pouvait être poursuivie la réparation du préjudice causé par le travail. Cette question est, du reste, formulée au début de notre texte *(quod nocitum sit ei fundo)*. Mais le second cas que le jurisconsulte discute ne répond plus à cette question, l'action contre l'acheteur ne permettant pas d'évaluer le préjudice causé. Cet écart dans la discussion juridique n'est pas seul à faire soupçonner une retouche byzantine. La question des dommages-intérêts est posée sous la forme d'une discussion du cas où, après la *litis contestatio* sur l'*actio aquae pluviae arcendae,* une aliénation intervient. Ce cas est d'abord traité pour l'aliénation du demandeur[3]. A l'endroit où le jurisconsulte commence à parler de l'aliénation faite par le défendeur, il manque l'exposé que nous attendons au sujet du procès déjà lié sur l'*actio aquae pluviae arcendae*. Au lieu de continuer par cet exposé, le texte termine brusquement, en ordonnant une action contre l'acquéreur, sans dire laquelle[4], en laissant d'autre part au demandeur la faculté

[1] Sur le texte probable de la formule voir M. Lenel, *Edictum* (2me éd. allem.), p. 364.

[2] Pomponius, frag. nº 677.

[3] M. Lenel, *Palingenesia*, II. p. 128, n. 4, rapproche de notre texte D. (39, 2) 18, 10.

[4] Si Pomponius lui-même a parlé d'une action à exercer contre l'acquéreur, ce n'est certainement pas l'action *aquae pluviae arcendae*. Elle n'était

d'exercer l'action *in factum* contre le défendeur qui a aliéné. Le ton autoritaire de ce texte semble accuser l'intervention des législateurs byzantins.

Ajoutons, avant de quitter ce texte, qu'en tout cas, il n'offre pas la base que la théorie de Karlowa vient y chercher. Il n'est pas possible d'en tirer une conclusion sur l'édit concernant l'aliénation, même si l'on adopte toute la façon de voir de Karlowa. Supposons toujours que Pomponius ait fait absoudre l'aliénateur, qu'il ait plaidé pour l'action contre l'acquéreur et qu'il ait parlé d'une *mutatio judicii,* quoiqu'il s'agît d'un procès déjà lié. Alors même, nous ne pourrions exclure une possibilité qui, à elle seule, suffit pour écarter les conclusions que Karlowa tire de notre texte. Dans l'édit sur l'*alienatio judicii mutandi causa facta* le mot « *judicium* » n'a pas le sens de procès, « litige », mais celui de « formule de procédure »[1]. Le préteur entend paralyser une aliénation tendant à modifier la portée future d'une formule que l'aliénateur craignait. Or, dans l'*actio aquae pluviae arcendae* cette portée juridique de la formule *(quid veniat in judicium)* dépend encore de l'avenir, au moment de l'organisation de l'instance, car cette action déduit en justice le préjudice futur qui serait causé après la *litis contestatio.* Ce fait aurait

d'aucune utilité pour poursuivre la réparation du préjudice. D'après l'endroit que le fragment occupe dans la *Palingenesia,* on pourrait penser à une procédure basée sur le *damnum infectum,* soit la *cautio* proposée dans l'édit, soit encore à la *legis actio damni infecti.* Car, à notre avis, M. Wlassak (*Römische Prozessgesetze*, vol. I, p. 240 ss.) a bien réussi à démontrer que les jurisconsultes classiques s'occupaient encore de ce cas de *legis actio,* et, par le fragment de Paul, D. (39, 3) 14, 2, nous savons qu'on rapprochait cette action de l'action *aquæ pluviæ arcendæ* parce que l'une et l'autre déduisaient en justice le préjudice qui pourrait survenir après la *litis contestatio.*

[1] Voir p. 18 s.

bien pu servir de base pour soumettre ce cas d'aliénation postérieure à la *litis contestatio* aux règles appliquées à la modification de la formule future. En ce cas, notre texte ne donnerait aucunement lieu aux conclusions que Karlowa en tire sur l'édit concernant l'aliénation faite en vue d'un procès futur.

Si les textes invoqués par Karlowa ne fournissent pas une base suffisante à sa théorie, il est encore plus difficile de la concilier avec les données certaines de la procédure classique. A l'époque pour laquelle nous avons des textes formels, une jurisprudence solidement établie n'admet pas que les conditions d'exercice d'une action puissent être modifiées, après la *litis contestatio,* par une aliénation du défendeur. Est-ce à dire que les jurisconsultes classiques aient eu besoin de créer cette jurisprudence? Elle nous semble être bien plus ancienne que Karlowa[1] ne paraît le croire! Il suffit de jeter un coup d'œil sur l'histoire bien connue de la procédure romaine pour exclure l'hypothèse qu'une *restitutio in integrum* aurait été nécessaire pour anéantir les effets d'une aliénation faite après la *litis contestatio*. L'évolution est nette pour les actions réelles, telles que la revendication, la pétition d'hérédité et l'action servienne.

Dans le système de la *legis actio sacramenti in rem,* l'une des parties obtient la possession intérimaire de la chose avec l'engagement de la rendre à la partie adverse dans le cas où celle-ci serait déclarée propriétaire. Si le possesseur intérimaire aliène la chose et se met par là hors d'état de s'exécuter, les cautions *(praedes)* qui garan-

[1] p. 1096.

tissent sa promesse[1] tombent sous le coup d'une exécution rigoureuse. Le même état du droit est certain pour la procédure *per sponsionem*. Ici, le contrat verbal qui lie le défendeur et ses garants *(satisdatio pro praede litis et vindiciarum)* fait naître une obligation de droit civil, et l'effet de cette obligation ne peut être modifié par une aliénation postérieure à sa naissance[2]. Sous le système de la procédure formulaire, la question de la restitution de la chose fut renvoyée devant le juge avec celle de la propriété. Dès lors, les jurisconsultes utilisèrent l'ancienne jurisprudence, en interprétant, dans un sens analogue, la formule pétitoire. Si, à ce sujet, nous ne connaissons pas les procédés employés par les praticiens du VIIe siècle, nous pouvons mieux nous rendre compte du travail des doctrines au premier siècle de notre ère[3]. Les écoles de Sabin et de Procule s'accordaient probablement à soumettre le défendeur à l'*arbitratus de restituendo* malgré l'aliénation intervenue après la *litis contestatio*. Pour les Proculiens, il n'y avait guère là d'hésitation possible. Il leur suffit que le défendeur ait pu être condamné au moment de la *litis contestatio* pour qu'il soit tenu de rendre la chose dès que le juge a constaté la propriété du demandeur. Sauf dans les *judicia bonae fidei*, cette théorie ne

[1] Gaius, IV, 16. Mommsen, *Stadtrechte von Malaca und Salpensa*, p. 471, n. 41 ; *Gesammelte Schriften*, I, p. 361, n. 41 ; Gradenwitz, *Zwangsvollstreckung und Urteilssicherung, Festgabe für Gneist*, Berlin 1888, p. 4 ss. du tirage à part.

[2] Certainement on appliquait ici la règle des *veteres*, selon laquelle *culpa débitoris interveniente perpetuatur obligatio*. D. (45, 1) 91, 3.

[3] Voir en général M. Erman, *Mélanges Appleton*, p. 221 ss. ; *Z. Sav. St.*, 27 (1906), p. 411 ss. Grâce à une excellente méthode, cet auteur a réussi à dégager les idées juridiques dont les grandes écoles du premier siècle de notre ère se sont inspirées pour faire la théorie de la *litis contestatio* et de la *condemnatio*.

libère jamais le défendeur, une fois le procès lié dans des circonstances qui autorisent une condamnation. Procule lui-même soutient la nécessité de la condamnation, même alors que la chose a péri par un cas fortuit postérieur à la *litis contestatio*[1]. A plus forte raison devait-il soutenir la

[1] Sur ce point nous nous séparons de la façon de voir de M. Erman. Cet auteur pense que les écoles se sont posées la question suivante : que faut-il, outre la vérité de l'*intentio*, au moment de la *litis contestatio* pour qu'il puisse y avoir condamnation ? Selon M. Erman, la réponse des Proculiens aurait été : ce qui importe c'est l'*intentio* lors de la *litis contestatio*. « Il va sans dire toutefois que, même pour les Proculiens, la condamnation dans la revendication, dans l'action *ad exhibendum* ou *de peculio* était impossible, si, au moment du jugement, le défendeur se trouvait sans possession ou sans pécule. »

Cette assertion nous semble reposer sur des prémisses incertaines. On peut montrer, en effet, que Procule est allé jusqu'au bout des conséquences logiques de son système. Il est vrai que la preuve de ce fait ne nous est pas conservée pour les questions de l'action *de peculio*. Mais nous lisons l'exposé de la théorie de Procule, pour la formule pétitoire ainsi que pour la pétition d'hérédité, chez Paul, fr. 322 (Proc. fr. 59), D. (5, 3) 40 pr., texte que, chose curieuse, M. Erman a laissé échapper. *Illud quoque quod in oratione divi Hadriani est, ut post acceptum iudicium id actori præstetur quod habiturus esset, si eo tempore quo petit restituta esset hereditas, interdum durum est. quid enim, si post litem contestatam mancipia aut inmenta aut pecora deperierint ? damnari debebit secundum verba orationis quia potuit restituta hereditate distraxisse ea. et hoc iustum in specialibus petitionibus Proculo placet ; Cassius contra sensit. in praedonis persona Proculus recte existimat, in bonae fidei possessoribus Cassius. nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare, aut propter metum huius periculi temere indefensum ius suum relinquere.* La même théorie de Procule a joué un rôle dans l'action *ad exhibendum* : voir Pomponius (fr. 106) chez Ulpien, D. (10, 4) 7, 5. Enfin, cette théorie de Procule paraît bien avoir laissé une trace dans le texte de Paul, fr. 330 (Proc. fr. 60), D. (6, 1) 27, 1 : *Possidere autem aliquis debet utique et litis contestatae tempore et quo res iudicatur. quod si litis contestationis tempore possedit, cum autem res iudicatur sine dolo malo amisit possessionem, absolvendus est possessor. item si litis contestatae tempore non possedit, quo autem iudicatur possidet, probanda est Proculi sententia, ut omni modo condemnetur...* A la vérité, ce fragment peut sembler prouver que Procule concluait à l'acquittement dans le cas où le défendeur a perdu la possession après la *litis contestatio*. Mais cette apparence ne repose que sur le mot « item », et nous savons par Paul lui-même que Procule plaidait la condamnation d'un semblable défendeur : voir le

condamnation au cas où le demandeur avait aliéné après l'organisation de l'instance. On est unanime à croire que son école ne faisait ici que trouver une formule scientifique et peut-être exagérée pour une jurisprudence qui remontait déjà à un passé éloigné. Parmi les Sabiniens, Julien[1] donne la même solution sans faire allusion à une difficulté théorique qui devait exister, à cet égard, pour la théorie que défendait son école. En effet, les Sabiniens exigeaient, pour condamner, que les faits justifiant la condamnation existassent lors du prononcé de la sentence aussi bien qu'au moment de la *litis contestatio*[2], et l'école qui défendait cette théorie aurait pu incliner à absoudre le défendeur qui avait aliéné la chose litigieuse[3].

fr. 40 pr. cité. Nous pouvons donc être certains que c'est grâce à Justinien seul que Paul semble se contredire lui-même, au fr. 27, 1. Dans le texte classique, les compilateurs auront trouvé un passage qui faisait pendant au fr. 40, cité : « en cas de perte de possession survenue après la *litis contestatio,* Procule condamne, Cassius acquitte ; d'autre part, si la possession n'est acquise qu'après la *litis contestatio,* les Sabiniens acquittent, tandis que Procule condamne. » Paul aura suivi au premier cas les Sabiniens, au second cas Procule. Les compilateurs supprimèrent l'exposé de la controverse des jurisconsultes classiques, en comblant la lacune par ce « item ». Mais nous n'avons pas besoin de nous arrêter à la fausse impression qui résulte de ce mot. Outre le fragment 40 cité, la façon même dont Paul rapporte l'opinion de Procule est significative : « ut *omni modo* condemnetur », disait Procule. C'est bien là le point de vue du jurisconsulte qui lutte contre la maxime « *omnia iudicia absolutoria esse* » : condamnons toujours, que le défendeur ait perdu la possession après l'organisation de l'instance ou qu'il n'ait acquis sa possession qu'après la litis contestation.

Ainsi, à la règle sabinienne exigeant pour la condamnation la possession au moment de la litis contestation et de la sentence, règle pour laquelle M. Erman a trouvé la formule heureuse « utroque momento » (à l'un *et* à l'autre moment), Procule oppose une théorie plus efficace pour le demandeur et qu'on pourrait, elle aussi, formuler en deux mots « utro momento » (à l'un *ou* à l'autre moment).

[1] Pal. fr. 87/90 chez Ulpien, fr. (6, 1) 17 pr.

[2] Sur cette doctrine, voir M. Erman, *op. cit.*

[3] L'inconvénient de cette théorie est de nécessiter deux procès, si le

Nous ne savons jusqu'à quel point Sabin lui-même a accepté cette conclusion. Son école, en tout cas, ne l'a pas fait. Nous ignorons le procédé logique qui lui permettait d'éviter l'écueil de la théorie du maître. Etait-ce peut-être la fiction, en vertu de laquelle le possesseur *qui dolo desiit possidere* est censé néanmoins posséder la chose ?[1]

Ce que nous venons de constater, en matière de revendication, se passait nécessairement aussi pour les actions telles que le *petitio hereditatis* et l'*actio Serviana ;* partout l'effet de la *litis contestatio* suffisait pour que le défendeur fût condamné malgré l'aliénation qui tendait à modifier les conditions d'existence de la sentence. Nous trouvons donc pour toutes sortes d'actions la jurisprudence qui fait condamner le défendeur malgré l'aliénation[2]. Il devient difficile de supposer un cas dans lequel la *restitutio in integrum*, telle que Karlowa se la représente, aurait répondu à un véritable besoin, et c'est là l'argument décisif contre la thèse que nous venons d'étudier.

défendeur acquiert la chose après la litis contestation. Il va sans dire que l'exception de chose jugée ne lui est pas opposable : voir M. Erman, *op. cit.*, sur D. (46, 8) 8 pr. (44, 2) 17.

[1] C'est le sénatus-consulte Juventien qui nous fait poser cette question. Il déclare étendre cette fiction aux pertes de possession intervenantes avant la *litis contestatio : item eos qui bona invasissent, cum scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint, quominus possiderent, perinde condemnandos quasi possiderent,* D. (5, 3) 20, 6 c. La jurisprudence, antérieure au sénatus-consulte, avait donc déjà fait usage de cette fiction pour les pertes de possession, survenues après l'organisation de l'instance, dans les procès de revendication.

[2] Actions noxales : D. 9, 4, 37-38 pr. — action *finium regundorum*, D. 10, 1, 9 — sur l'action *aquae pluviae arcendae*, voir p. 21.

V

La théorie de M. Lenel est bien plus solidement établie. Elle ne quitte pas la base des textes qui représentent l'aliénation comme étant exclusivement faite en vue d'un procès futur. Suivant la théorie de M. Lenel, le moyen principal que l'édit offrait comme remède au demandeur aurait été la *restitutio in integrum*. Pour tous les cas où il y avait eu transfert de droit réel du côté de la partie défenderesse, la *restitutio in integrum* aurait suffi seule. Ainsi, si le propriétaire d'un immeuble, pour éviter une action *aquae pluviae arcendae,* avait aliéné son immeuble, le demandeur aurait pu solliciter contre lui la *restitutio in integrum,* qui lui aurait permis de se faire indemniser du préjudice par voie de l'action *aquae pluviae arcendae*. Le demandeur aurait disposé à la fois de l'action rétablie et de l'action normale contre l'acquéreur, qui pouvait être tenu de laisser rétablir l'écoulement naturel des eaux pluviales. De même la restitution en entier aurait eu lieu dans tous les cas où elle pouvait s'attaquer à un transfert de droit. Cependant, le type le plus fréquent de l'aliénation faite à cause d'un procès futur n'aurait pas été susceptible d'être traité par une *restitutio*. Le plus souvent, la future partie défenderesse, en ayant recours à l'aliénation, ne transfère pas le droit réel, pour la simple raison que ce droit appartient à la partie dont l'aliénateur craint les démarches judiciaires. Ici, l'aliénation n'opère qu'un

transfert de possession. Or, la *restitutio in integrum* n'anéantit que des modifications apportées à l'ordre juridique, elle fait renaître des droits éteints. Elle ne peut faire disparaître une transformation intervenue dans les faits. La marche des événements ne peut être annulée par l'intervention du préteur. Le magistrat qui, en pareil cas, vient à l'aide d'une partie, n'a qu'un seul moyen de procéder, c'est de lui donner une action *in factum* qui la replace dans la même situation juridique que si le transfert de possession n'avait pas eu lieu.

L'éminent historien de l'édit ne donne à sa façon de voir que la valeur d'une hypothèse qu'il défend contre des arguments qu'on pourrait tirer des textes. Mais le rôle ainsi attribué à l'*actio in factum* nous semble douteux. Des considérations d'ordre général, ainsi que certains faits à relever dans les textes, nous empêchent de nous rallier à la thèse de M. Lenel.

Peut-on vraiment affirmer que la *restitutio in integrum* ne s'attaque qu'à des transferts de droit, qu'elle n'a aucun effet contre des modifications apportées aux faits ? D'autre part, est-il juste de dire qu'un transfert de la possession ne constitue pas un changement d'ordre juridique ? Nous ne croyons pas pouvoir répondre à ces questions de la même manière que M. Lenel. Il est vrai que les autres restitutions en entier promises par l'édit visent des cas où des droits subjectifs, fondés sur le droit civil ou sur l'édit du préteur, se sont éteints. Mais les jurisconsultes qui commentaient la promesse de restitution en cas de contrainte, ont bien déclaré qu'un simple transfert de possession, obtenu par la contrainte, tombait aussi sous le coup de l'édit par lequel le préteur promettait de ne pas reconnaître ce qui aurait été obtenu par pression

illégale[1]. Certes, la sanction que le jurisconsulte envisageait en ce cas n'était sûrement pas une *restitutio in integrum,* au sens technique du mot[2]. Il reste pourtant à remarquer qu'ici le jurisconsulte romain ne semble pas trop faire cas de la difficulté théorique sur laquelle M. Lenel insiste. Peut-être en ferons-nous autant si nous trouvons des cas traités comme transferts de possession par les jurisconsultes romains, sans que l'idée d'*in integrum restitutio* en soit exclue. Quand, dans la procédure, pour cause de *damnum infectum,* le préteur envoie en possession celui qui sollicite la *missio ex secundo decreto,* quand il laisse emmener par le lésé l'esclave délinquant en l'absence du propriétaire, le magistrat ne confère pas un droit, d'après la théorie romaine. Le *jus* reste au propriétaire civil. Et pourtant, quand dans les deux cas, le décret du magistrat est révoqué en faveur du propriétaire, les praticiens parlent d'une *restitutio in integrum* et ce rétablissement de l'ancien propriétaire est accordé d'après les règles édictales de la *restitutio*[3]. Ici, l'idée de la restitution en entier pouvait se rattacher au seul fait que le préteur se décidait à permettre, à nouveau, la revendication d'un propriétaire quiritaire auquel il avait voulu refuser l'ac-

[1] Ulp. frag. nº 371, D. (4, 2) 9 pr. et D. (43, 16) 5.

[2] Si Pomponius, chez Ulpien, D. (4, 2) 9 pr., pensait à un propriétaire qui n'avait transmis que la possession, il aurait pu viser la revendication que le préteur rendait efficace, en refusant l'*exceptio doli.* Il est peut-être plus probable que Pomponius a voulu accorder l'*actio quadrupli quod metus causa ;* voir Paul, D. (4, 2) 21, 2 (frag. nº 201).

[3] D. (4, 6) 15, 2 (Ulpien, frag. nº 431). D (9, 4) 26, 6 (Paul, frag. nº 289). Peut-être cette idée fut-elle déjà celle des contemporains de Cicéron. L'orateur parle d'une *restitutio* dont Epicratès fut l'objet lorsque Metellus vint révoquer les actes illégaux dont Verrès s'était rendu coupable en Sicile. (Cic., *in Verr.*, II, 2. 26, 63). Or, Verrès avait décrété une *missio in possessionem* contre ce Sicilien qui ne s'était pas défendu contre une action intentée contre lui par le gymnase de Bidis, II, 2, 25, 61.

tion[1], soit par voie de *denegatio actionis,* soit en insérant une exception dans le texte de la formule. A plus forte raison, l'idée de la restitution devait-elle être possible là où il s'agissait d'un transfert de possession fait pour modifier les conditions d'existence que le droit civil établissait pour l'action en revendication. M. Lenel conçoit exclusivement le transfert de possession comme un changement apporté à un fait et qui, par conséquent, n'est pas susceptible d'une restitution en entier. Cette appréciation n'est guère exacte. Le fait de posséder une chose ne crée pas seulement la nécessité de la défendre ou de la restituer — nécessité que le préteur fait valoir par le moyen de l'interdit *quem fundum* ou de l'action *ad exhibendum*, jointe au *duci iubere*. Le fait que le défendeur possède étant une condition de l'efficacité de l'action civile, le possesseur non-propriétaire qui aliène fait qu'en droit civil, l'action du propriétaire ne peut exister par rapport à lui. Pourquoi ce changement intervenu dans les rapports juridiques de deux personnes, en même temps que dans le texte de la formule possible entre ces deux parties, n'aurait-il pu servir de base à une intervention du magistrat, dont le rôle est précisément de rendre l'effet à une action qui s'est éteinte par la disparition d'une des conditions d'exercice exigées par le droit civil ? Dans de nombreux cas, il est évident que le préteur, en accordant la restitution en entier, ne pose pas la question de savoir si un droit civil s'est éteint ; le magistrat demande s'il y a action ou non[2]. Si, en notre cas, l'action civile a été périmée par l'aliénation, il n'y avait là sûrement pas la difficulté théorique

[1] Voir aussi Bekker, *Aktionen,* II, p. 85, 87, 92.

[2] Voir les édits chez Lenel, *Edictum,* § 42, 44, 45, D. (4, 6) 1, 1 v. *actioneve qua solutus.*

que M. Lenel suppose. Les règles de procédure ne comportent non plus cette soi-disant impossibilité de la restitution. Nous savons que le préteur peut délivrer une revendication utile contre un défendeur qui consent à se faire traiter comme un possesseur sans l'être en fait[1]. Cela suffit, à notre avis, pour établir la possibilité d'une restitution en entier en cas d'aliénation faite par le possesseur pour éviter la revendication du propriétaire. Quant à la façon dont la formule pétitoire fut modifiée, les textes ne donnent pas de solution[2].

Pour prouver l'impossibilité d'une *restitutio in integrum* dans le cas où il s'agissait d'attaquer un transfert de possession, M. Lenel a invoqué l'exemple de la condamnation infligée à celui *qui dolo desiit possidere*. Si le possesseur s'est dépouillé de la possession de la chose pour ne pas être actionné, il peut être condamné néanmoins sur la base de la formule pétitoire. D'après une jurisprudence rapportée par Paul[3], cette condamnation semble avoir reposé sur la formule pétitoire ordinaire, et le magistrat en laissait le soin au juge. Cette jurisprudence peut-elle prouver que le magistrat procédait ainsi parce qu'il ne pouvait intervenir lui-même[4] ? A notre avis, elle ne saurait servir de base à aucune conclusion, étant donné qu'elle appartient à une très récente époque du droit classique. Pendant toute l'évolution du droit prétorien, le *dolo desinens possidere* ne pouvait guère être condamné par le juge saisi de la formule pétitoire ; il était probablement absous, parce qu'il ne possédait pas ; et le préjudice

[1] D. (4, 7) 3, 5 ; voir sur ce texte plus loin, p. 42, 45.
[2] Voir ci-dessous, p. 42, n. 1.
[3] D. (6, 1) 27, 3.
[4] Ce semble être l'opinion de M. Lenel, *Edictum*, p. 123.

causé au demandeur ne pouvait être réparé qu'au moyen de l'action *ex stipulatu* résultant de la *cautio pro præde litis et vindiciarum* ou de la *satisdatio judicatum solvi*[1].

[1] Voir en général l'exposé concluant donné par M. Siber, Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio, Leipzig, 1907, p. 11 ss., au sujet de D. (6, 1) 27, 3 : d'après ce texte, celui *qui dolo desiit possidere* est condamné, comme défendeur, à la revendication. On a toujours remarqué que Paul, à moins que le texte ne soit interpolé, trouvait encore bon de justifier cette jurisprudence par l'analogie de la pétition d'hérédité, telle qu'elle est formulée depuis le sénatus-consulte Juventien. Tandis que les auteurs plus anciens en concluaient à la date récente de cette jurisprudence, pour l'action en revendication, les auteurs modernes inclinent plutôt à supposer que Paul a cherché une justification nouvelle pour une jurisprudence très ancienne (ainsi Pernice, *Labeo* (1re éd.), II, 393 s II, 2 (2me éd.) p. 68 ; Karlowa, *Rechtsgechichte*, II, 1097 ; M. Girard, *Manuel*, (4me éd.) p. 340, n. 1). Mais si solidement que cette jurisprudence ait été établie au temps de Paul — voir aussi Marcien, D. (20, 1) 16, 3, et peut-être Ulpien, dans le texte classique de D. (6, 1) 68, — nous n'obtenons pas la même certitude pour les contemporains de la rédaction de l'édit perpétuel. Une série de textes figurant dans la compilation de Justinien, semble prouver que la règle « *dolus pro possessione est* » était une règle générale. Mais ces textes étaient en réalité étrangers à la matière de la revendication, comme il résulte de la *Palingenesia* des livres dont ils sont tirés. M. Siber nous paraît bien avoir établi que cette jurisprudence rapportée par Paul était récente, au début du troisième siècle, et qu'elle n'a été reconnue, comme jurisprudence officielle, que par des interpolations. Mais une étude nouvelle nous fait comprendre les textes de Gaius, D. (6, 1) 36 pr., et de Julien, D. (6, 1) 52 quelque peu autrement que M. Siber ne l'a fait. Dans le premier de ces deux fragments, Gaius conseille à quiconque veut se faire délivrer la formule pétitoire de s'enquérir si la partie adverse possède ou si elle a abandonné la possession à dessein. Cela « *ne frustra experiatur* ». Ici, il n'est point évident que l'ancien possesseur puisse être condamné sur la base de la formule pétitoire, et M. Siber a écarté, avec raison, cette hypothèse. Cependant le raisonnement de Gaius conserve sa force entière, si le *dolo desinens possidere* était absous, dans le procès en revendication, en même temps que cette absolution justifiait une condamnation basée sur une autre action. Or, une telle action paraît vraiment avoir existé. Cela résulte de la place à laquelle Julien, dans son Digeste, traitait de celui *qui dolo desiit possidere*. Le fragment D. (6, 1) 52 a toujours été cité à l'appui de l'extension à la revendication de la jurisprudence développée en matière de pétition d'hérédité. (Voir encore M. Girard, *Manuel*, 336, n. 1.) Mais, chez Julien, ce fragment faisait partie de l'exposé des *satisdationes*, au 55me livre de son ouvrage, dans le chapitre consacré à la *cautio pro præde litis et vindiciarum* et à la *cautio judicatum solvi*. Le texte doit donc être envisagé en partant du point de vue de

Si, à la vérité, ce système a été remplacé, au troisième siècle, par la jurisprudence qui est encore celle de Justinien, il n'en résulte rien quant à la façon dont les pré-

l'action *ex stipulatu* qui naît d'une de ces *satisdationes*. Probablement que cette action, ainsi que l'action de dol, constituait pour le demandeur une protection analogue à celle dont il jouissait contre celui *qui liti se obtulit*, d'après la jurisprudence ancienne qui a été déjà mise au clair. (Demelius, *Exhibitionspflicht*, p. 191 ss. ; Girard, *Manuel*, p. 340, n. 1.) Le non-possesseur qui feint d'être possesseur et, comme tel, accomplit la *litis contestatio*, dans le procès en revendication, ne peut être condamné au moyen de la formule pétitoire, selon la théorie primitive des jurisconsultes romains. Il est absous de l'action en revendication (voir Sabin, frag. n° 29 ; Gaius, frag. n° 364 [D. (4, 3) 39]), mais le préjudice causé au demandeur par ce jeu frivole peut être réparé par une action *ex stipulatu*, basée sur la clause de dol de la *satisdatio* (Celse, frag. n° 27, D. (5, 3,) 13, 13, frag. 45 eod [interpolé] ; Gaius, frag. 364, D. (4 3,) 39) ou sur l'action de dol, au cas où il n'y aurait pas eu caution (Paul, frag. n° 214, D. (6, 1,) 7, où la condamnation prononcée contre le *dolo desinens possidere* semble résulter d'une action de dol). Une jurisprudence analogue semble avoir été dirigée contre celui *qui dolo desiit possidere*, et s'il est vrai qu'elle n'est plus expressément mentionnée dans la compilation, le texte précité de Julien n'en établit pas moins l'existence : *Si possessor fundi ante litem contestatam dolo malo fundum possidere desiit, heredes eius in rem quidem actionem suscipere cogendi non sunt, sed in factum actio adversus eos reddi debebit, per quam restituere cogentur, quanto locupletes* (ou *locupletiores*) *ea re facti sunt*. Les héritiers de celui *qui dolo desiit possidere* sont tenus par une *actio in factum* jusqu'au montant de leur enrichissement. C'est la forme dans laquelle l'action *de dol* est donnée contre les héritiers de celui qui s'est rendu coupable du dol, D. (4, 3) 26. Celui qui, à dessein, s'est dépouillé de la possession de la chose, était tenu lui-même de l'action de dol ou d'une action analogue. Et le fragment de Julien contient une allusion à l'acte qui fait naître cette action. Julien dit que l'héritier ne doit pas être forcé d'accomplir la *litis contestatio*, au procès en revendication. C'est donc que cette contrainte était employée contre l'auteur même du dol. Elle se faisait au moyen de l'interdit *quem fundum*, qui ordonnait la restitution du fonds en question, à moins que la partie adverse ne préférât défendre le fonds de terre, dans le procès en revendication. Ce fragment de Julien, ainsi que des vraisemblances d'ordre général (D. (17, 2) 68, 1. Ubbelohde, dans Glück, série des livres 43-44, 1, 1890, pp. 333-347) démontrent que cet interdit n'était pas rendu seulement contre le possesseur du fonds, mais encore contre celui qui avait perdu à dessein la possession. Aussi le *dolo desinens possidere* pouvait-il être forcé de fournir la *satisdatio judicatum solvi* et d'accomplir la *litis contestatio* avec la formule pétitoire, c'est-à-dire de consentir à l'orga-

teurs avaient autrefois traité le cas de l'aliénation faite à cause d'un procès futur.

La théorie de M. Lenel rencontre, du reste, des diffi-

nisation de l'instance visée dans notre passage par les mots *judicium in rem suscipere*. C'etait cette *satisdatio* qui, pour Julien, jouait le rôle important dans la protection accordée au propriétaire contre celui *qui dolo desiit possidere*. Il faut donc supposer que la clause de dol de cette *satisdatio* (Lenel, *Edictum*, p. 511) s'offrait au demandeur contre l'ancien possesseur coupable de dol, s'il y avait eu caution, et que, s'il n'y avait pas eu caution, l'action de dol devait être délivrée contre celui *qui dolo desiit possidere,* comme elle était délivrée contre celui *qui liti se obtulit*, dans les cas cités. Pour qu'il en fût ainsi, il faut que la formule pétitoire elle-même n'ait pas entraîné la condamnation de l'ancien possesseur. Le demandeur devait se faire débouter de la revendication pour subir le préjudice qu'il pouvait se faire réparer par l'action *ex stipulatu* ou par l'action de dol. C'est là la jurisprudence qui seule nous semble conforme aux expressions de Julien et à l'endroit où le rédacteur de l'édit la traitait dans son ouvrage. Cette solution fait pendant à la jurisprudence en vigueur de son temps pour celui *qui dolo liti se obtulit*. Elle peut avoir existe de même pour les meubles, grâce à l'action *ad exhibendum* qui se dirige aussi contre celui *qui dolo desiit possidere*. Enfin, elle cadre bien avec l'évolution de la procédure romaine. En effet, nous ne trouvons plus de difficulté à concevoir comment le même système aurait déjà fonctionné dans la procédure *per sponsionem*. D'autre part, nous pouvons nous figurer assez facilement comment la jurisprudence rapportée par Paul s'est introduite au troisième siècle de notre ère. Pour le cas de celui *qui liti se obtulit* nous observons la marche d'une théorie qui fait condamner le non-possesseur, dans le procès en revendication, parce qu'il a accompli la *litis contestatio* et que, par là, il s'est soumis à la condamnation, tel un véritable possesseur. (Marcel, frag. nº 28, et Julien, frag. nº 77 chez Ulpien, frag. nº 513, D. (5, 3) 13, 13 ; Paul, frag. nº 346, D. (7, 6) 6.) Cette jurisprudence se rattache à l'effet constitutif de la *litis contestatio* (quasi possessor actionem... accepit). On peut se demander si, au début, elle a fait son chemin par une modification de la formule pétitoire, à l'image de celle que nous trouvons mentionnée au fragment D. (4, 7) 3, 5 en matière d'*alienatio judicii mutandi causa facta*. En tout cas, cette jurisprudence a fini par donner une nouvelle interprétation au devoir du juré quant à l'*arbitratus de restituendo*. Il est probable qu'elle aboutit à faire condamner de même celui *qui dolo desiit possidere* au cas où il avait accompli la *litis contestatio* avec la formule pétitoire. Si c'est ainsi que l'évolution s'est accomplie, vers la fin du second siècle de notre ère, Paul pouvait bien trouver cette jurisprudence assez récente pour chercher à la justifier par l'analogie de ce qui se passait pour la pétition d'hérédité depuis le sénatus-consulte Juventien.

cultés sérieuses dans les textes qui nous ont été conservés sur *l'alienatio judicii mutandi causa facta*. En reprenant l'étude de cette rubrique de l'édit, M. Lenel s'est abstenu d'émettre une hypothèse sur le rapport qui unissait autrefois les fragments 1 à 8 h. t. aux éléments de la disposition édictale sur l'aliénation. Qu'on rapporte ces fragments à la promesse édictale de la *restitutio in integrum* ou qu'on les considère tous comme faisant partie d'un commentaire de l'action *in factum*, toujours est-il que nos textes ne cadrent pas avec l'idée que M. Lenel se fait du rôle de l'action *in factum*.

D'après M. Lenel, l'édit ne faisait que promettre la *restitutio in integrum*, probablement même sans préciser les cas où le magistrat comptait accorder l'action *in factum*. Conformément à cet édit, le préteur aurait, par voie de restitution en entier, rétabli les actions périmées, excepté la formule pétitoire en cas d'aliénation faite par le possesseur non-propriétaire. Or, un fragment d'Ulpien, qui parle de « cet édit » et qui, pour cette raison[1], doit être rattaché à la promesse de restitution en entier, reproduit un passage de Pedius, aux termes duquel la simple transmission de possession tombait sous le coup de « l'édit » : « Si l'on décidait autrement, dit le jurisconsulte, celui avec lequel on était en train de lier le procès en revendication, ne serait pas tenu s'il cède la possession[2] ». Ce raisonnement n'est guère conciliable avec la thèse de

[1] V. ci-dessus, p. 29.

[2] D. (4, 7) 4, 2 (Pedius, frag. nº 12). Dans ce raisonnement nous voyons une nouvelle preuve de la jurisprudence que nous venons d'établir, d'après D. (6, 1) 52, voir p. 36, note. Au temps de Pedius, avant la rédaction de l'édit perpétuel, la revendication ne donnait pas encore lieu à la condamnation au cas de *dolo desinere possidere*.

M. Lenel. En effet, si la promesse de restitution ne pouvait se réaliser au cas d'un simple transfert de possession, Pedius et Ulpien n'auraient pu citer précisément ce cas, en commentant l'édit. D'autre part, si le fragment, malgré son allusion expresse à « l'édit », se rattachait à l'action *in factum* telle que M. Lenel la conçoit, Pedius se serait servi d'une logique bien étrange pour établir cet emploi de l'action *in factum*. Au lieu de renvoyer au texte de la formule qui, selon M. Lenel, visait le transfert de possession, il aurait eu recours à une interprétation qui déclare se baser sur la nécessité pratique seule.

Une objection analogue se présente au sujet du commentaire de Paul [1]. Le jurisconsulte discute la notion de l'*alienatio,* dans l'édit sur l'*alienatio judicii mutandi causa facta*. Il cite un fragment de l'édit que M. Lenel, avec raison [2], est décidé à rapporter à la promesse de *restitutio in integrum*. Or, voici l'unique passage qui soit conservé du commentaire de Paul se rattachant à ce fragment de l'édit : « *Alienare intellegitur,* dit Paul, *etiam is qui alienam rem vendidit* ». Une fois encore, le simple transfert de possession figure ici dans les commentaires de ce que M. Lenel lui-même considère comme une promesse de restitution. Il n'est guère possible, d'ailleurs, de conjecturer que, par ces mots, le jurisconsulte ait voulu faire allusion à l'action *in factum* qui existait à côté de la restitution. Paul dit bien clairement, en effet, que c'est l'interprétation de l'édit par les jurisconsultes (intellegitur etiam) qui fait rentrer dans la notion d'aliénation le cas où la possession seule est transmise.

[1] D. (4, 7) 8, 1.

[2] Autre opinion chez Karlowa, *op. cit.*, p. 1093. Cet auteur rapporte le fragment à un édit qui aurait expressément promis l'action *in factum*.

Enfin, la théorie de M. Lenel ne réussit pas, à notre avis, à écarter un texte formel du Code, *Cod. Just* (2, 54 [55]) 1 ; *Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Catulo. Cum in rem actioni possessio pariat adversarium, alienatione etiam iudicii mutandi causa celebrata in integrum restitutio edicto perpetuo permittatur, intellegis quod, si rem, ne secum agetur, qui possidebat venumdedit et emptori tradidit, quem elegeris conveniendi tibi tributam esse iure facultatem. D. VI. kal. Dec. Viminacio CC. conss. (a° 294).*

M. Lenel[1] convient tout le premier que ce texte semble, à première vue, parler d'une *restitutio in integrum* par laquelle le préteur rétablit la formule pétitoire. Néanmoins il n'admet pas que ce rescrit puisse prouver la possibilité d'une restitution qui s'attaquerait à un transfert de possession. Le terme d'*in integrum restitutio* y doit être entendu, d'après lui, au sens non technique dans lequel l'action de *dol* peut être qualifiée de restitution en entier[2]. Mais le renvoi au texte de l'édit *(restitutio edicto permittatur)* est formel, et nous ne voyons pas de raison pour croire à la difficulté théorique qui pousse M. Lenel à contester la force probante de ce texte.

[1] Edictum (2me éd.), p. 123.

[2] Pour cette terminologie M. Lenel se rapporte au texte du Code (4,44) 10. Voir la bibliographie plus ancienne qui se rattache à ce texte chez Spaltenstein, *Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*, p. 159 ss.

VI

Nous ne pouvons donc nous rallier aux deux systèmes qui cherchent à reconstituer l'édit sur l'*alienatio judicii mutandi causa facta*. Sera-t-il possible d'arriver à une solution plus satisfaisante ?

Nous croyons, avec M. Lenel, que le contenu de la clause édictale ne consistait que dans la promesse de *restitutio*. Le préteur annonçait qu'il restituerait la formule devenue impossible par le fait de l'aliénation. Conformément à cet édit, le préteur rétablissait, peut-être[1], l'*actio aquæ pluviæ arcendæ* en faveur de celui qui se plaignait d'être frustré de son action contre le voisin par une aliénation postérieure aux travaux modifiant l'écoulement naturel des eaux pluviales. En cas de revendication, le préteur pouvait délivrer la formule pétitoire, quoique la partie adverse ne se trouvât plus en possession de la chose. En faisant rétablir cette formule, le propriétaire

[1] Ce cas de restitution en entier n'est pas tout à fait certain, étant donné que nous ne savons pas dans quelles conditions le préteur accordait la restitution. Si le magistrat n'y consentait pas tant qu'il y avait encore une procédure analogue possible contre l'aliénateur, notre cas n'aurait pas donné lieu à la restitution. Car l'aliénateur qui a modifié l'écoulement naturel des eaux, est aussi tenu par l'interdit *quod vi aut clam :* D. (39, 3) 14 pr., Paul, frag. nº 635. Il n'y a aucune raison pour supposer que la mention de cet interdit ne se soit pas trouvée dans le texte classique. Voir contre Cujas, *Comm. ad tit. de dolo malo* (Paris, 1658, t. I, p. 995) Burckhard, dans *Glück, Serie der Bücher*, 39/40, Teil 3, p. 424 ss., et Karlowa, *Rechtsgeschichte*, t. II, p. 1097. D'autre part, il reste possible que les compilateurs aient rayé de ce texte une mention de notre *restitutio* qui, pour eux, était, nous le verrons, devenue obsolète.

retrouvait la protection qu'il aurait eue sans l'aliénation : il pouvait, indirectement, forcer l'aliénateur de lier le procès, par la menace de l'action *ad exhibendum,* s'il s'agissait d'un meuble, au moyen de l'interdit *quem fundum,* s'il s'agissait d'un fonds de terre. Car l'interdit, ainsi que l'action *ad exhibendum,* atteignent celui *qui dolo fecit quominus possideat*[1], et cette qualification pouvait toujours s'appliquer à un aliénateur qui s'était dépouillé de la chose pour échapper à la revendication du propriétaire[2]. L'action *ad exhibendum* et l'interdit *quem fundum* constituaient donc une menace efficace.

Reste la question de savoir, comment le non-possesseur

[1] Sur l'action *ad exhibendum* voir Lenel, *Edictum* (2me éd. allem.), p. 216. Sur l'interdit, voir plus haut, p. 35 note.

[2] Cela résulte des commentaires d'autres formules et interdits qui touchent quiconque se dépouille, à dessein, de la possession pour échapper à une action : D. (10, 4) 9 pr. : *...si quis... ad alium transtulerit possessionem... tenebitur, quia dolo fecit quominus possideret ;* voir aussi D. (9, 4) 24. Karlowa (p. 1097) a récemment contesté ce fait pour trouver une profonde différence entre les deux notions *dolo malo alienare judicii mutandi causa* et *dolo desinere possidere.* Selon lui, la derniere de ces deux notions se serait appliquée exclusivement au possesseur de mauvaise foi, tandis que même un possesseur de bonne foi aurait pu tomber sous le coup de l'édit sur l'aliénation faite à cause d'un procès futur. Cette idée pourrait être discutée pour le cas de la revendication dirigée contre celui *qui dolo desiit possidere.* Le sénatusconsulte Juvertien, à la vérité, vise le possesseur de mauvaise foi (Ulpien, D. (5, 3) 25, 5). Mais il paraît s'agir d'une doctrine moderne, si, pour cela, en matière de revendication, les pandectistes contemporains (Windscheid, *Pandekten,* I, § 193, n. 8), conçoivent le dol du *qui dolo desiit possidere* de telle manière que la mauvaise foi, à l'égard du propriétaire, y joue un rôle. En tout cas, la bonne ou mauvaise foi du possesseur n'avait rien à voir dans la question du *dolo desinere possidere,* si cette notion se trouvait dans la formule de l'action *ad exhibendum* ou dans les interdits (outre les passages cités, voir aussi D. [9, 4] 12). Il y a ici *dolo desinere possidere,* quand le possesseur s'est dépouillé de la chose à dessein, pour nuire à celui qui est en train de lui demander la restitution de la chose. Et, en ce sens, qui seul intéresse ici, l'aliénateur frauduleux de notre édit tombe aussi sous le coup des règles relatives au *dolo desinere possidere.*

pouvait être condamné sur la base de la formule pétitoire rétablie. Nous ne savons pas quelle modification était apportée à la formule[1], mais force est de croire que le préteur ne donnait pas la formule ordinaire. Une formule pétitoire utile semble être mentionnée au fragment 3, § 5 *h. t.* Nous reviendrons à ce texte, en discutant l'action *in factum*.

Quiconque était autorisé à solliciter, ici, la *restitutio in integrum* avait le choix entre elle et l'action normale contre l'acquéreur. C'est ce qui paraît résulter du rescrit précité du Code (voir p. 39). Du reste, la force même des choses, aura poussé à cette solution, qui ne permet pas à l'intéressé d'user de son action normale, d'obtenir ainsi la chose ou sa valeur, et de se faire restituer, en plus, l'action contre l'aliénateur. A cet égard, il est utile de comparer la jurisprudence en vigueur au début du IIIe siècle, pour le cas de celui qui par dol a cessé de posséder. L'héritier a le choix de poursuivre le possesseur actuel ou l'ancien possesseur qui a abandonné à dessein la chose qui appartenait à la succession. En liant le procès avec le premier, il perd l'action contre l'autre[2]. De même, en matière d'action noxale la victime du délit

[1] Si, à la vérité, le *judicium utile* mentionné au fr. 3, § 5, h. t. est l'*actio rescissoria* résultant de cette *restitutio*, on pourrait trouver un indice dans les mots de ce texte, où il est dit que la *litis contestatio* est accomplie par l'aliénateur *perinde ac si possideret*. En rapprochant ces mots de la *lex de Gallia Cisalpina*, c. XX (Bruns, *Fontes*, 7me éd., p. 97; Girard, *Textes*, 3me éd., p. 73), on pourrait supposer que le *judicium utile* donné dans le cas de notre édit a été formulé par voie de fiction. Nous renonçons à deviner de quelle façon cette fiction aurait pu être insérée dans le contexte de la *formula petitoria*. En tout cas, Gaius, IV, 34 ss., ne laisse certainement pas entrevoir que des difficultés d'ordre formulaire se seraient opposées à une telle fiction.

[2] D. (5, 3) 13, 14.

a le choix entre l'action contre la personne qui a l'auteur du délit en sa puissance, et l'action contre l'ancien possesseur qui s'est débarrassé de l'esclave pour ne pas être tenu [1].

Si, ainsi, le bénéficiaire de la restitution en entier pouvait opter entre son action normale et la restitution, nous arrivons à distinguer le rôle, que, probablement, l'action *in factum* a joué dans notre rubrique de l'édit perpétuel. Nous pouvons supposer qu'elle avait été introduite pour remédier aux difficultés qui devaient se présenter, si l'intéressé, sans solliciter la restitution en entier, s'était contenté d'intenter son action normale contre l'acquéreur. Les textes conservés semblent témoigner en faveur de cette hypothèse. Plusieurs fois, les juristes supposent que l'action *in factum* est intentée après un premier procès que l'intéressé avait fait à l'acquéreur [2]. Deux fois, le commentaire de Gaius dit expressément que l'action *in factum* tient compte de l'intérêt entier que la partie demanderesse aurait eu à ne pas avoir un adversaire autre que l'aliénateur *(quantum intersit alium adversarium non habuisse* [3]*)*. L'acquéreur qui a profité de l'aliénation a donc déjà été l'adversaire du demandeur, au moment où celui-ci vient demander des dommages-intérêts à l'aliénateur [4].

[1] D. (9, 4) 24-26 pr., 39 pr., § 2 eod.
[2] D. (4, 7) 3 pr., § 3, fr. 4, § 5.
[3] D. (4, 7) 1 pr., *i. f.* ; fr. 3, § 4.
[4] Ce fait est, en général, méconnu par les interprètes modernes, quoiqu'on se soit déjà occupé de trouver des interprétations pour le passé curieux « *habuisse* ». Voir la critique des hypothèses de Rudorff et Karlowa chez Lenel, *Edictum* (2me éd. allem.), p. 124, n. 6.

La portée que nous attribuons à l'action *in factum*, nous empêche d'adopter un *argumentum ex silentio* sur lequel Karlowa base une théorie historique de l'*alienatio judicii mutandi causa facta*. Au D. (39, 3) 14 pr., Paul relate une décision d'un jurisconsulte *Antæus (sic* Lenel,

C'est là un fait qui résulte du passé *habuisse* mieux encore que de la signification générale du terme *adversarius*. Ce mot pourrait être employé, à la rigueur, sans impliquer l'idée des démarches judiciaires[1] que le demandeur frustré de son action aurait dû, selon nous, entreprendre contre l'acquéreur, pour pouvoir user avec succès de l'action *in factum*. L'acquéreur pourrait être traité d'*adversarius* simplement parce qu'il s'oppose au droit de celui qui se plaint de l'aliénation sans oser intenter un procès à l'acquéreur. Mais alors, comment expliquer le passé *habuisse*, puisque dans cette hypothèse, au moment du procès engagé sur la base de l'action *in factum*, l'acquéreur persisterait encore dans cette opposition ? Aussi croyons-nous mieux comprendre le terme *adversarius*, en lui donnant la signification de « partie adverse », au sens de ces mots dans la procédure civile. Le demandeur, dans l'action *in factum*, aurait dû prou-

Palingenesia, I, p. 55, tandis que Cujas, *comm. ad tit. de dolo malo*, I, p. 995, Mommsen, *editio maior ad h. l.*, Krüger, *Geschichte und Quellen*, p. 66, n. 64, Bremer, *Jurisprudentia antehadriana*, vol. I, p. 270, Karlowa, vol. II, p. 1096, corrigent ce nom en celui d'*Ateius*. M. Jörs, Pauly-Wissowa, I, 2343, II, 1903, s'abstient de trancher cette question.) Nous avons déjà fait allusion (p. 7 n. 1) à ce texte, qui admet l'interdit *quod vi aut clam* contre le propriétaire d'un immeuble qui aliène pour ne pas être tenu de l'action *aquæ pluviæ arcendæ*. Après le délai d'un an, le jurisconsulte veut donner l'action de dol contre l'aliénateur. Karlowa s'étonne qu'ici notre action *in factum* ne soit pas nommée au lieu de l'action de dol. Mais le jurisconsulte ne suppose point que le demandeur ait d'abord actionné l'acquéreur pour faire naître le dommage que l'action *in factum* est, selon nous, destinée à poursuivre, et de plus, notre action *in factum* n'est plus donnée un an après l'aliénation, de sorte qu'alors l'action *doli* s'offre seule pour poursuivre le dol de l'aliénateur ; voir fr. 6 *h. t.*

[1] Il est superflu d'insister sur le fait que, dans le langage de la procédure, le mot d'*adversarius* n'était point restreint à la signification de partie adverse. Voir les textes dans le *Vocabularium jurisprudentiæ romanæ*, I, p. 272 s., et par ex. : D. (4, 8) 39 pr., où il s'agit d'un arbitrage, D. (18, 5) 1, *i. f.*, où il ne s'agit pas encore du procès.

ver qu'il avait fait des démarches judiciaires contre l'acquéreur, soit en liant avec lui le procès par la *litis contestatio,* soit en agissant seulement contre lui devant le magistrat, dans la procédure *in jure*[1].

Ainsi notre hypothèse attribue à l'action *in factum* un rôle qu'elle joue encore dans la compilation de Justinien. Elle servait, au cas où le voisin, victime d'une modification de l'écoulement naturel des eaux pluviales, a dirigé son action contre l'acquéreur du fonds modifié, sans obtenir plus que la permission de rétablir l'état primitif, à ses frais[2]. En ce cas, l'action *in factum* répare le préjudice dont le demandeur aurait pu poursuivre la réparation en sollicitant l'action restituée contre l'aliénateur. La même fonction de l'action *in factum* semble avoir permis au demandeur, en certains cas, de se servir de la formule rescisoire même après avoir usé de son action ordinaire contre l'acquéreur. Gaius[3] plaide le refus de l'action *in factum,* dans le cas où l'aliénateur est prêt à lier le procès en revendication sur la base d'un *utile iudicium perinde ac si possideret.* Ici l'idée s'impose que la formule pétitoire utile n'est autre que le *judicium* que le préteur promettait de rétablir. S'il en était ainsi, les choses se passaient de la façon suivante, quand le propriétaire avait poursuivi l'acquéreur sans obtenir satisfaction complète. Le propriétaire ne pouvait demander que le magistrat lui délivrât la formule pétitoire contre l'aliénateur, car le magistrat

[1] Cette dernière possibilité ne peut être exclue, étant donné que le mot « adversarius » se rapporte très souvent à la partie adverse, pendant la procédure *in jure.* Voir l'édit du préteur, D. (2, 2) 1, 1, et parmi les textes des jurisconsultes, par ex. D. (3, 1) 7 ; D. (11, 1) 1 pr. ; D. (22, 1) 47 ; D. (46, 7) 16.

[2] Ce cas semble être visé par Gaius, fr. 3, § 2, *h. t.*

[3] Fr. 3, § 5, *h. t.*

n'accordait plus cette action après que l'intéressé s'était servi de son action ordinaire. Il ne restait donc à l'intéressé qu'une ressource, c'était de postuler l'action *in factum*. Mais l'aliénateur contre lequel cette formule était délivrée avait la faculté de préférer la formule rescisoire. d'accomplir la *litis contestatio* sur elle et d'empêcher ainsi que le juré eût à se prononcer sur le dol commis.

Quand la restitution en entier ne pouvait s'attaquer à la modification d'un *judicium,* l'action *in factum* pouvait jouer un rôle différent, selon les circonstances particulières du cas. Tantôt elle constituait l'unique remède contre une aliénation tendant à modifier les conditions d'un procès futur; tantôt elle avait peu d'importance pratique. A cet égard, il est intéressant d'observer le rôle qu'elle jouait dans la procédure de l'*operis novi nuntiatio* selon que l'on admettait ou que l'on n'admettait pas l'*interdictum demolitorium* contre l'acquéreur du fonds sur lequel l'ancien possesseur avait été empêché de construire par l'opposition formelle du voisin. Si alors le nouveau possesseur construisait et contrariait ainsi le voisin, il y avait deux façons de concevoir cet interdit. D'après l'une, la sommation solennelle faite au possesseur s'adressait à lui en tant qu'auteur du travail[1], elle n'avait d'effet que contre lui. C'est pourquoi Gaius[2] croit que ni l'aliénateur, ni l'acquéreur n'est tenu par l'interdit, le premier parce qu'il n'a pas contrevenu à l'édit, le second parce qu'il n'a pas reçu de *nuntiatio*. Avec cette jurisprudence, l'action *in factum* est le seul moyen qu'ait l'opposant de se faire réparer le préjudice causé par l'aliénateur. Une autre

[1] Ulpien, frag. n° 1265, D. (39, 1) 5, 5 ; Papinien, frag. n° 88 ; D. (39, 1) 18 pr.

[2] D. (4, 7) 3, 3.

interprétation, donnée par Javolenus[1], admet que la *nuntiatio* ne s'adresse pas à la personne du possesseur, mais au fonds, sur lequel la construction est entreprise. Selon cette doctrine, l'acquéreur du fonds, en construisant, serait tombé sous le coup de la *nuntiatio* faite à son auteur. Il aurait pu être tenu de remettre lui-même les choses en l'état primitif, de sorte que l'action *in factum* devait se restreindre au cas où l'acquéreur, par sa position sociale, était un adversaire plus dangereux que son auteur.

Notre hypothèse nous porte à croire que l'action *in factum* pouvait être employée dans tous les cas où l'intéressé n'usait pas de l'*in integrum restitutio,* soit qu'elle fût exclue par la nature juridique des cas, soit que l'intéressé eût préféré l'action ordinaire contre l'acquéreur.

Reste encore la question de savoir comment le texte de l'édit formulait la promesse de restitution en entier, comment l'action *in factum* était mentionnée dans l'édit, enfin à quel point les fragments des commentaires peuvent être rapportés aux diverses parties de l'édit. Sur la première question, ainsi que sur le détail de l'édit et le texte de la formule *in factum,* il n'est guère possible d'en dire plus que ne l'a fait M. Lenel. Il suppose que le préteur promettait la *restitutio in integrum* pour le cas d'une aliénation frauduleuse faite à cause d'un procès futur ; quant à l'*actio in factum,* le préteur n'aurait fait qu'en proposer la formule. L'autre question, celle qui concerne l'ordre des matières dans les commentaires, demande une nouvelle étude, quoi que nous ne puissions avoir l'ambition de trouver plus qu'une solution hypothétique.

[1] D. (39, 1) 23. (Javolenus, frag. nº 105.)

VII

Parmi les commentaires mis à contribution pour le titre du Digeste, celui de Gaius [1], malgré le maigre extrait que nous ont ici conservé les compilateurs, nous permet le mieux de retrouver les éléments de l'édit prétorien. Le fragment qui ouvre le titre du Digeste [2] se trouvait certainement à la tête du chapitre dans lequel Gaius traitait de l'*alienatio judicii mutandi causa facta*. A ce qu'il semble, ce fragment commençait par donner une courte paraphase de l'édit. Cela devient certain par le rapprochement des passages conservés, qui prennent place au début des chapitres de tout cet ouvrage de Gaius. Qu'il s'agisse de l'édit sur l'obligation du banquier d'exhiber ses livres [3], ou de l'*edictum triplex* sur les contrats des personnes soumises à la puissance du père ou du maître [4], ou de l'édit sur les testaments des militaires [5], que nous considérions l'exposé sur la *bonorum possessio unde cognati* [6] ou celui sur l'ouverture des testaments [7], ou encore l'édit sur le bénéfice d'abstention accordé aux héritiers nécessaires [8], toujours

[1] Gaius, frag. n° 112 s.

[2] D. (4, 7) 1 pr. *Omnibus modis proconsul id agit, ne cuius deterior causa fiat ex alieno facto : et cum intellegeret judiciorum exitum interdum duriorem nobis constitui opposito nobis alio adversario...*

[3] Frag. n° 59, D. (2, 13) 10 pr.

[4] Frag. n° 221, D. (14, 5) 1.

[5] Frag. n° 292, D. (29, 1) 2.

[6] Frag. n° 295, D. (38, 8) 2.

[7] Frag. n° 302, D. (29, 3) 1.

[8] Frag. n° 346, D. (29, 2) 57.

nous voyons une brève paraphrase de l'édit en question précéder le commentaire proprement dit, souvent pour indiquer en même temps la tendance législative poursuivie par l'édit en question. Cet exposé n'est qu'imparfaitement conservé pour l'*alienatio* : « Par tous les moyens », dit Gaius, « le proconsul pourvoit à ce que la position de quelqu'un ne devienne pas plus mauvaise par le fait d'autrui ». Cette phrase d'introduction semble préluder à l'idée suivante : « Aussi, au cas où une aliénation est intervenue pour changer les conditions d'existence d'une action future, le proconsul rétablit-il l'action détruite par l'aliénation ». Cette pensée, nous la cherchons en vain dans le texte conservé. Il n'est pas trop hardi de supposer qu'elle a été supprimée par les Byzantins qui ont fait immédiatement suivre la mention de l'action *in factum,* sans changer le commencement d'une phrase qui ne mentionnait originairement qu'un cas particulier[1].

Après ce court exposé du contenu de l'édit, le jurisconsulte commençait à discuter la notion : *alienare judicii mutandi causa*[2]. On s'attend à trouver des cas où la restitution intervient, à côté d'autres qui donnent lieu à l'action *in factum*. Mais cette casuistique est aussi retranchée par les Byzantins. Plusieurs fois il est supposé que, frustré de son action par l'aliénation, le demandeur ait affaire à l'acquéreur, ce qui affaiblit sa position ou lui cause une augmentation de frais[3]. De l'action rescisoire contre l'aliénateur il n'est pas resté de trace. Mais la suite de l'exposé, si mutilée qu'elle soit, suffit pour démontrer

[1] *In eam quoque rem prospexit...*
[2] D. (4, 7) 1, 1 ; 3 pr. — § 3.
[3] Fr. 3, *h. t.*, pr. : *...etiamsi experiar...*, § 2.

que le texte classique parlait aussi de certains cas de *restitutio in integrum*. Gaius continue : « D'après tout cela, on voit que le proconsul promet une *restitutio in integrum*, en sorte qu'au moyen de cette action, le demandeur obtient par l'office du juge autant que vaut l'intérêt qu'il avait à ne pas avoir un autre adversaire[1] ». On a depuis longtemps reconnu que l'état actuel du texte est dû aux compilateurs[2]. En effet, l'ensemble du fr. 3 *h. t.*, ainsi que le sens de la phrase seule font conclure à une interpolation. A en juger aux mots, le jurisconsulte semble tirer une conclusion de ce qu'il vient de dire : de l'exposé qui précède il résulterait que le proconsul promettait une *restitutio in integrum* sous la forme d'une action. Mais rien dans ce qui précède ne justifie cette conclusion. On pourrait conjecturer, à la rigueur, qu'une lacune laissée par les rédacteurs byzantins avant le § 4 contenait autrefois les mots de l'édit[3]. Mais alors le jurisconsulte présenterait comme sa conclusion personnelle ce qu'il vient de citer textuellement, et, de plus, il faut remarquer que de telles citations de tout un édit ne se trouvent pas ailleurs, dans les fragments des *libri ad edictum provinciale*[4]. La phrase citée accuse en elle-même les mains des compilateurs par cette singulière confusion que Gaius semble faire entre l'action *in factum* et le décret du préteur sur la *restitutio in integrum*. Il convient de signaler encore que ce passage est le seul endroit où Gaius fasse dépendre d'*ap-*

[1] *Ex quibus apparet, quod proconsul in integrum restituturum se pollicetur, ut hac actione officio tantum iudicis consequatur actor, quantum eius intersit alium adversarium non habuisse.*

[2] Voir les auteurs cités p. 11, n. 1.

[3] Ainsi M. Lenel, *Palingenesia*, I, p. 198, n. 1.

[4] Voir la Palingenesia sur les fragments conservés de ce livre.

paret toute une phrase *(quod.... pollicetur)* au lieu de faire suivre un infinitif[1].

Si l'on admet l'interpolation, il n'est pas difficile de conjecturer quel était le sens classique du passage cité. Nous pouvons supposer qu'il était joint à l'exposé des exemples cités d'une aliénation faite pour changer la formule d'un procès éventuel : De tous ces cas il s'ensuit *que sont nécessaires le judicium*[2] que le préteur promet de restituer, *ainsi que l'action in factum,* afin qu'au moyen de cette action le demandeur obtienne par l'office du juge autant que vaut l'intérêt qu'il avait à ne pas avoir un autre adversaire.

Quant au reste du commentaire de Gaius, deux fragments seulement sont conservés, fr. 3, § 5, fr. 7, *h. t.;* ils paraissent avoir fait partie d'une discussion approfondie au sujet de l'action *in factum.*

Le commentaire de Paul n'a que peu contribué à la formation du titre du Digeste. Le caractère de cet ouvrage nous interdit d'ailleurs de rechercher une suite des idées dans les fragments conservés. Paul ne commente pas le texte de l'édit en le suivant mot à mot[3]. Aussi est-il inutile de demander pourquoi, dans le fr. 8 *h. t.,* un passage traitant de la notion de « restitution » précède le commentaire d'une phrase édictale qui, selon toute vraisemblance, formait les premiers mots de l'édit sur la *restitutio in integrum.*

[1] Voir le *Vocabularium jurisprudentiæ romanæ,* vol. I, p. 244. Pour les analogies que cette construction *(apparet quod)* trouve dans le langage des Byzantins, voir M. Jörs, art. *Digesta,* Pauly-Wissowa, V, 526 (tirage à part, p. 42).

[2] Nous mettons en italique les mots que nous supposons supprimés par Justinien.

[3] Voir aussi M. Paul Krüger, *Geschichte der Quellen und Literatur,* p. 206.

Le commentaire d'Ulpien présente des difficultés de reconstitution plus sérieuses. M. Lenel[1] distingue trois morceaux de ce commentaire, dont le premier appartient évidemment à un exposé général, tandis que le troisième traitait de l'action *in factum*. Mais le second fragment pose plusieurs problèmes que nous ne pouvons résoudre. Au début, il y est encore question d'un cas d'aliénation avec transfert de droit où, certainement, la *restitutio in integrum* s'appliquait[2]. Le § 2 semble encore traiter du même sujet, en soumettant le simple transfert de possession à l'édit sur la *restitutio in integrum*[3]. Mais, entre ces deux passages, il se trouve une discussion tout à fait différente, qui interrompt l'exposé d'Ulpien, à tel point que M. Lenel parle du désordre chaotique *(Wirrwar)* qui paraît être résulté du travail des Byzantins. Ce passage[4]

[1] *Palingenesia*, II, p. 483 s. ; Ulpien, frag. nº 446-448.

[2] fr. 4 pr., *h. t.*

[3] Voir en haut, p. 37 s.

[4] *Itemque fieri potest, ut sine dolo malo quidem possidere desierit, verum iudicii mutandi causa id fiat. sunt et alia compluria talia. potest autem aliquis dolo malo desinere possidere nec tamen iudicii mutandi causa fecisse nec edicto teneri : neque enim alienat qui dumtaxat omittit possessionem. non tamen eius factum improbat prætor qui tanti habuit re carere ne propter cum sæpius litigaret (hæc cuius verecunda cogitatio eius, qui lites execratur, non est vituperanda), sed eius dumtaxat, qui, cum rem habere vult, litem ad alium transfert, ut molestum adversarium pro se subiciat.* Ulpien semble se poser la question de savoir jusqu'à quel point les mêmes cas rentrent dans la notion de *dolo desinere possidere* et dans celle de *judicii mutandi causa alienare*. En général, évidemment, le dol de l'aliénateur qui tombe sous le coup de notre édit, doit aussi entraîner les conséquences juridiques du « *dolo desinere possidere* ». Sur la négation de cette thèse par Karlowa, voir p. 41 ci-dessus. Ulpien trouve bon de formuler la vérité banale que toute aliénation faite en vue d'un procès éventuel ne constitue pas un abandon frauduleux de la possession. Karlowa y voit la preuve de sa thèse, selon laquelle quelqu'un pouvait tomber sous le coup de notre édit sans être censé *dolo malo desiisse possidere*. Mais d'après les mots, le jurisconsulte ne parle que des aliénations non-frauduleuses, faites en vue d'un procès, et M.

commence par un *itemque* auquel rien ne correspond ; il continue par un renvoi à d'autres cas analogues, sans qu'aucune énumération ne justifie ce renvoi, et il semble

Lenel (*Paling.*, II, p. 483, n. 5) a fait remarquer, avec raison, que les mêmes cas sont discutés plus loin, par Ulpien (fr. 4, § 3, *h. t.*).

D'autre part, dit Ulpien, il reste des cas de *dolo desinere possidere* où l'édit sur la *mutatio judicii* n'est pas applicable, étant donné qu'il n'y a pas d'aliénation. A cette discussion, Ulpien ajoute une observation sur la raison législative que le préteur avait à ne frapper que l'aliénation faite à cause d'un procès futur.

Tout ce texte n'est pas resté sans retouche byzantine. Probablement qu'Ulpien exposait au long le rapport qui existait entre les deux notions. Il commentait peut-être par des exemples la mention de l'aliénation non-frauduleuse, et, en ce cas, les compilateurs auraient supprimé ces exemples, parce qu'ils retrouvaient les mêmes cas au § 3. Enfin, nous pouvons éliminer, comme glose, les mots « *nec tamen judicii mutandi causa fecisse* ». Cette phrase charge inutilement une simple pensée : il y a *dolo desinere possidere* sans que l'édit sur l'*alienatio* s'applique dans tous les cas où le dol a été commis sans aliénation.

Quelle était l'occasion de tout cet exposé sur le *dolo desinere possidere ?* Ulpien voulait-il discuter cette notion parce que la jurisprudence contemporaine, en matière de revendication, avait permis de condamner le non-possesseur s'il s'était dépouillé de la possession de la chose pour échapper à la revendication ? Nous ne croyons pas que le jurisconsulte ait pensé à cette jurisprudence qui interdit au possesseur de mauvaise foi de modifier ses obligations en abandonnant la chose à dessein, une fois qu'il en a pris possession (D [5, 3] 13, 14). Voir sur les façons différentes de concevoir ce devoir du possesseur, d'une part les interprètes français, chez François, *La règle « pro possessione dolus est »*, Nancy (thèse), 1891, d'autre part les pandectistes allemands MM. Pfersche, *Privatrechtliche Abhandlungen*, 1886, p. 32 ss., Lammfromm, *Zur Geschichte der Erbschaftsklage*, 1887, p. 128 ss., et contre eux M. Mitteis, *Kritische Vierteljahrsschrift*, XXXI, p. 56 ss. En effet, Ulpien parle précisément de la possibilité où se trouve en général le possesseur d'abandonner la chose pour ne pas être tenu de la revendication.

A notre avis, le texte fait entrevoir l'interprétation toute différente que subissait la clause « *dolo malo desinere possidere* » (ou « *dolo facere quominus possideret* ») selon les circonstances particulières de l'interdit ou de l'action dans lesquels elle était insérée. L'ancien possesseur de l'esclave délinquant ne peut être absous du *judicium noxale honorarium* s'il a laissé s'enfuir l'esclave. (D. [9, 4] 12, fr. 24 eod. — Julien, chez Ulpien, D. (9, 4) 38, 1 ne semble pas supposer que le propriétaire ait eu connaissance du délit, au moment où il abandonna l'esclave.) Ici, l'abandon fait en connaissance de l'action noxale future ne peut libérer le pos-

s'agir d'un sujet qui n'est plus traité ailleurs dans le Digeste. A ce qu'il paraît, il était question de la différence entre le *dolo malo desinere possidere* et l'*alienare judicii*

sesseur, qui n'est pas seulement tenu de délivrer la chose, mais encore d'en transmettre la propriété. Mais si, en ce cas, l'acte d'abandon constitue un dol, il n'est point traité de la même façon dans le procès en revendication. Là, le possesseur, assigné par le propriétaire, a la pleine liberté de lier le procès et de fournir la *satisdatio*, ou d'abandonner la chose sans la défendre (voir en dernier lieu M. Wlassak, *Z. Sav. St.*, 25, 141 ss.). Il en résulte un fait important pour les deux moyens procéduraux qui forcent le possesseur de mettre à la disposition du revendiquant la chose qu'il ne compte pas défendre. L'*actio ad exhibendum*, ainsi que l'interdit *quem fundum* s'emploient contre l'ancien possesseur qui *dolo desiit possidere*. Mais la jurisprudence ne peut avoir qualifié de dol l'acte du possesseur qui jette une chose mobilière, relaxe un esclave ou abandonne un immeuble pour ne pas être mêlé au procès qui le menace. Autrement, le raisonnement d'Ulpien, dans notre fr. 4, § 1, *h. t.*, n'aurait guère eu de portée pratique. Selon Ulpien, le magistrat n'entend aucunement empêcher qu'un possesseur se dépouille de la possession de la chose pour ne plus avoir l'embarras d'un procès. Quelle aurait été l'utilité de cette règle prétorienne, si un tel possesseur avait été tenu de l'action *ad exhibendum* ou de l'interdit *quem fundum?* Aussi est-il à remarquer qu'en commentant l'action *ad exhibendum*, Julien et Ulpien (D. (10, 4) 9 pr.) n'énumèrent pas, parmi les cas du *dolo desinere possidere*, le simple abandon de la chose fait pour éviter le procès.

Il se pourrait que le texte classique de notre passage fragmentaire ait fait allusion à cette portée toute différente de la clause « *dolo desinere possidere* », selon les cas particuliers. A l'occasion de l'édit sur l'*alienatio*, Ulpien aurait parlé du rôle que l'interdit *quem fundum* jouait pour décider l'aliénateur à accomplir la *litis contestatio* sur la formule restituée conformement à l'édit. La clause qui, dans cet édit, mentionnait expressément celui *qui dolo fecit quominus possideret*, aurait donné lieu à cette question : quiconque ne tombe pas sous le coup de l'édit sur l'*alienatio judicii mutandi causa facta*, peut-il être tenu par l'interdit *quem fundum* en vertu de la clause de dol de cet interdit? Il se peut qu'en discutant cette question, Ulpien ait signalé la jurisprudence, qui, dans certains cas, traitait de *dolo malo desinere possidere* l'acte du possesseur qui abandonne la chose telle qu'elle est pour ne pas être actionné. A cette jurisprudence il aurait opposé celle en vigueur dans la revendication et c'est ainsi que s'expliqueraient les mots *non tamen eius factum improbat prætor*... S'il en était ainsi, la raison pour laquelle les compilateurs devaient mutiler notre fragment est évidente. C'est que toute question relative à l'interdit *quem fundum* devait disparaître, cet interdit ne faisant plus partie du droit byzantin.

mutandi causa. Mais le détail de cet exposé et l'occasion qui lui donna naissance restent obscurs.

La fin de notre fragment 4 *h. t.* contient encore un passage qui semble interrompre le cours naturel des idées, dans l'exposé d'Ulpien. Le jurisconsulte vient de traiter de l'intention frauduleuse que l'aliénateur doit avoir pour que s'applique l'édit sur l'*alienatio*. Puis le langage du commentaire fait brusquement place au ton autoritaire qui trahit souvent le législateur byzantin [1], et au lieu d'entendre un raisonnement de juriste, nous lisons la défense suivante : *ceterum erit interdictum et per procuratores litigare dominio in eos plerumque ex iusta causa translato*. Evidemment, il s'agissait d'éviter que la représentation judiciaire ne donnât lieu à des abus du même genre que ceux auxquels la restitution en entier et l'action *in factum* tendaient à remédier, en cas d'aliénation. A ce sujet, nous aurions attendu, chez Ulpien, une étude approfondie de la question de savoir à quel point les règles établies sur l'aliénation pouvaient s'appliquer au cas où le défendeur s'était fait représenter par un *cognitor* ou *procurator* plus puissant que lui-même. Telle aurait été, en effet, la question pour les jurisconsultes classiques. Mais, depuis leur temps, le droit des empereurs avait cherché des sanctions plus sévères contre les *potentiores* qui, dans la procédure civile, se faisaient nommer représentants judiciaires d'une partie pour lui assurer gain de cause par leur influence sociale. Ce genre de représentation avait été formellement interdit par Claude II [2], et les empereurs du Vme siècle

[1] Voir en dernier lieu M. Jörs, *s. v. Digesta*, Pauly-Wissowa, V, 530 f. (Tirage à part, p. 47.)

[2] Cod. (2, 13) 1 pr. Le travail de M. Pfaff « *Der Schutz des wirtschaftlich Schwächeren in Rom* », Prague 1896, ne m'était pas accessible.

avaient varié les prohibitions et les sanctions à cet égard [1] ; il pouvait paraître indiqué de citer cette législation au milieu du recueil qu'on formait de l'ancienne jurisprudence. Les aides de Justinien l'ont fait à leur manière. Au lieu d'insérer un renvoi clair, ils intercalèrent, au milieu du texte classique, une phrase si mal rédigée qu'elle semble défendre, d'une part, toute représentation judiciaire, tandis que, d'autre part, elle déclare viser, en particulier, le cas où le représentant avait acquis le droit du défendeur futur par un acte légal [2], ce qui, pourtant, devrait exclure l'idée même de la représentation au sens technique.

Etant donné que ce fragment d'Ulpien a été évidemment remanié à plusieurs points de vue, nous nous en tenons à la seule constatation que nous puissions faire avec certitude. C'est que les paragraphes pr. 2, 3, 4. du fr. 4 *h, t.,* contiennent des morceaux d'un commentaire qui discutait l'édit et, en particulier, la promesse édictale de *restitutio in integrum*. Les paragraphes 5 et 6, ainsi que le fr. 6 *h. t.,* faisaient partie d'une discussion sur la formule de l'action *in factum*.

[1] Honor. et Theod. (a° 422, p. C.), cod. Theod. (2, 13) 1 ; voir aussi cod. Theod. (2, 14) 1.

[2] Bethmann-Hollweg a cherché à sauver le sens du texte, en écrivant *iudicio* au lieu de *dominio*. Mais cette conjecture ne trouve aucun appui dans les manuscrits, et elle n'arrive pas non plus à donner un sens juridique aux mots « *plerumque ex iusta causa translato* ». M. Koschaker, *Translatio iudicii*, p. 16, accepte, avec raison, le texte transmis.

VIII

Nous venons d'étudier une institution prétorienne qui a subi des modifications essentielles sous la main des rédacteurs du Digeste. Ils supprimèrent la restitution en entier et les actions réscisoires qui en résultaient ; ils laissèrent subsister l'action *in factum* comme l'unique moyen, pour le demandeur, de poursuivre l'ancien possesseur qui avait transmis la chose pour mettre à sa place un adversaire plus dangereux [1].

Pourquoi cette modification s'imposait-elle aux législateurs byzantins ? On a donné des réponses différentes à cette question [2]. Nous croyons que la *restitutio in integrum* avait trop peu conservé d'utilité pratique pour que les rédacteurs de la codification de Justinien fussent empêchés de suivre leur tendance générale qui était de faire disparaître autant que possible la restitution en entier [3]. En effet, il y aurait eu peu d'utilité à maintenir les actions rescisoires alors qu'en matière de revendication le possesseur de mauvaise foi pouvait être tenu par l'action

[1] Dans l'ensemble du droit byzantin, le *judicium utile*, mentionné *h. t.* 4, 5, ne supporte guère une autre interprétation que celle qui a déjà été donnée par la glose ; c'est que le défendeur a le choix entre l'action *in factum* et la revendication qui le tient à titre de *dolo desinens possidere*.

[2] Voir Noodt, ouvrage cité, p. 106. Voorda, Interpretat. et Emend. iur. Rom. Traiecti ad Rhen. (2me éd.), 1768, II, 10, p. 137 ss. Savigny, System, III, 104. Bethmann-Hollweg, Civilprocess, II, 752.

[3] Comparer les remarques de M. Lenel, *Edictum*, p. 276 (Sitzungsber. der Berl. Akad., 1904, p. 1161, Z. Sav. St. 25, p. 369). Edictum, p. 121 (Strassburger Festgabe für A. S. Schulze, p. 9 ss.).

ordinaire, parce qu'il pouvait être qualifié de *dolo malo desinens possidere* s'il aliénait la chose à un tiers, alors que, d'autre part, dans le cas où autrefois nous avons admis qu'on restituât l'action *aquæ pluviæ arcendæ,* l'interdit *quod vi aut clam* suffisait aux yeux des Byzantins. Aussi, les compilateurs trouvèrent-ils une fois de plus l'occasion de rayer de leur œuvre la restitution en entier, cette institution démodée dont l'emploi a subi plusieurs restrictions par les soins des Byzantins qui supprimaient les mentions de *restitutiones* dans les textes classiques qu'ils faisaient entrer dans leur recueil.

Mais pourquoi maintenir cette rubrique sur *l'alienatio judicii mutandi causa facta?* L'action *in factum* n'était-elle pas, elle aussi, devenue superflue, depuis que la revendication s'exerçait contre le *dolo malo desinens possidere?* Cette question a été souvent posée autrefois[1] et l'on se plaisait à reprocher aux rédacteurs du Digeste le manque d'élégance juridique dont ils auraient fait preuve en laissant subsister une action *in factum* qui, à l'époque classique même, était devenue inutile, grâce au développement de la revendication[2]. Pour répondre à ces considérations, on n'a pas besoin d'invoquer l'utilité que notre rubrique pouvait encore avoir en dehors du procès en revendication, partout où l'ancien possesseur ne pouvait être condamné comme un véritable possesseur. L'édit sur l'*alienatio* gardait toujours une certaine utilité à cause de la légère différence qui semble avoir existé entre le dol du *fictus possessor* et le dol de l'*alienans judicii mutandi causa*. Aux termes du Digeste, peut être condamné, dans

[1] G. Noodt, *l. c.*; Voorda, *op. cit.*, p. 142 ss.
[2] Bethmann-Hollweg, *Civilprocess*, II, 752 ; Keller, *Civilprocess*, § 80.

la pétition d'hérédité et de même dans le procès en revendication, comme possesseur fictif seul le possesseur de mauvaise foi qui jette, détruit ou aliène la chose qu'il sait être la propriété d'autrui[1]. Mais le dol réprimé par les règles du titre de *alienatione* est tout aussi concevable chez un possesseur de bonne foi qui désespère d'obtenir gain de cause contre une revendication imminente, et, pour cette raison, oppose un adversaire plus dangereux au demandeur qu'il redoute[2]. On pourra demander, à la vérité, si les rédacteurs byzantins du Digeste ont visé cette différence en faisant entrer notre rubrique dans leur compilation. C'est là une des questions qui ne trouvent pas de réponse grâce à la méthode législative adoptée par Justinien et ses aides.

[1] D. (5, 3) 25, 5 ; D. (6, 1) 27, 3 ; voir les pandectistes allemands, chez Windscheid, *Pandekten*, I, § 193, n. 8 (8me éd.), p. 876.

[2] Voir aussi Wächter, *Pandekten*, I, p. 562 ; Karlowa, *Rechtsgeschichte*, II, p. 1098.

TABLE DES MATIÈRES

Pages.

I. Le titre du Digeste, Livre IV, titre 7 5

II. L'édit du préteur sur l'aliénation faite par le demandeur à cause d'un procès futur. — Exégèse de fr. 11 h. t.. . 7

III. La promesse édictale de restitution en entier, au cas d'aliénation faite par le défendeur. — Les arguments basés sur la *Palingénésie* des ouvrages classiques. — Les traces de la restitution en entier dans les textes classiques. 10

IV. Restitution en entier et action *in factum*. — La théorie de Schmid et Karlowa. — Discussion des textes cités à l'appui de cette théorie, en particulier de D. (39, 3) 16. — Une restitution en entier au cas d'aliénation survenue après la litis contestation ? 15

V. Le rapport supposé entre la restitution et l'action *in factum* par la théorie de M. Lenel. — Est-ce que pour qu'il y ait restitution il faut une perte de droit ou une perte d'action ? — L'argument tiré du *dolo desinere possidere*. — Les textes classiques cadrent-ils avec la théorie de M. Lenel ? 29

VI. Le choix entre l'action restituée contre l'aliénateur et l'action normale. — Le rôle subsidiaire de l'action *in factum*. — L'action *in factum* au cas où une formule rescisoire n'est pas possible 40

VII. La Palingénésie des Commentaires classiques de Gaius, Paul, Ulpien. Exégèse de fr. 4 § 2 h. t., de fr. 4 § 3 h. t. 48

VIII. Le travail accompli par les compilateurs dans la théorie d'*alienatio judicii mutandi causa facta* 57

DU MÊME AUTEUR :

Die Schriftformel im römischen Provinzialprozesse, Breslau 1905.

Die longi temporis præscriptio im klassischen römischen Rechte, Leipzig 1906.

Griechisches Bürgschaftsrecht. I. Teil : Das Recht des altgriechischen Gemeindestaates, Leipzig und Berlin 1909.